

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود

الكاساني الحنفي

المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

تتمة كتاب الإجارة - الاستصناع - الشفعة - الذبائح والصيود - الاصطياد

التضحية - النذر - الكفارات - الأشربة - الاستحسان - البيوع

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الثانية

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-0417-9



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

بَقِيَّةُ كِتَابِ الإِجَارَةِ

وأمَّا الاستئجار على نقله من بلدٍ إلى بلدٍ فقد قال محمد ابتلينا بمسألة: ميت مات من المشركين فاستأجروا له من يحمله إلى موضع فيدفنه في غير الموضع الذي مات فيه؛ أراد بذلك إذا استأجروا له من ينقله من بلد إلى بلد؛ فقال أبو يوسف: لا أجر له؛ وقلت أنا إن كان الحمال الذي حمله يعلم أنه جيفة فلا أجر له؛ وإن لم يعلم فله الأجر.

وجه قول محمد أن الأجير إذا علم أنه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله، فلا يستحق الأجر؛ وإذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية، والغرورُ يوجب الضمان.

ولأبي يوسف أن الأصل أن لا يجوز نقل الجيفة، وإنما رخص في نقلها للضرورة، وهي ضرورة رفع أذيتها، ولا ضرورة في النقل من بلد إلى بلد، فبقي على أصل الحرمة كنقل الميتة من بلدٍ إلى بلدٍ.

ومن استأجر حمالاً يحمل له الخمر، فله الأجر في قول أبي حنيفة؛ وعند أبي يوسف ومحمد لا أجر له؛ كذا ذكر في الأصل؛ وذكر في «الجامع الصغير» أنه يطيب له الأجر في قول أبي حنيفة؛ وعندهما يكره لهما أن هذه إجارة على المعصية، لأنَّ حمل الخمر معصية؛ لكونه إعانة على المعصية؛ وقد قال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَىٰ الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]؛ ولهذا لعن الله تعالى [في الخمر][١] عشرة منهم حاملها والمحمول إليه[٢].

ولأبي حنيفة أن نفس الحمل ليس بمعصية بدليل أن حملها للإراقة والتخليل[٣] مباح؛ وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب؛ لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار، وليس الحمل من ضرورات الشرب، فكان[٤] سبباً محضاً فلا حكم له كعصر العنب وقطفه: والحديث محمولٌ

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦) كتاب الأشربة باب في العنب يعصر للخمر حديث (٣٦٧٤) من حديث ابن عمر.

(٣) في أ: التخلل.

(٤) في ط: فكانت.

على الحمل بنية الشرب؛ وبه نقول لأن[١] ذلك معصية؛ ويكره أكل أجرته، ولا تجوز إجارة الإماء للزنا؛ لأنها إجارة على المعصية، وقيل فيه نزل قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَىٰ الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [النور: ٣٣].

وروي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن مهر البغي[٢]؛ وهو أجر الزانية على الزنا.

وتجوز الإجارة للحجامة وأخذ الأجرة عليها؛ لأن الحجامة أمر مباح، وما ورد من النهي عن كسب الحجام في الحديث عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مِنَ السُّحْتِ عَسَبُ التَّيْسِ وَكَسْبُ الحَجَّامِ»[٣] فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل.

والدليل عليه ما روي أن رسول الله ﷺ لما قال ذلك أتاه رجلٌ من الأنصار فقال: إن لي حجاماً وناضحاً فأعلف ناضحي من كسبه؛ قال ﷺ: «نعم»[٤].

---

(١) في ط: أن.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٤٢٦) كتاب البيوع: باب ثمن الكلب حديث (٢٢٣٧) ومسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة: باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي حديث (٣٩/ ١٥٦٧) وأبو داود (٣/ ٧٥٣) كتاب البيوع باب ما جاء في ثمن الكلب حديث (٣٤٨١) والترمذي (٣/ ٥٧٥) كتاب البيوع: باب ما جاء في ثمن الكلب حديث (١٢٧٦) والنسائي (٧/ ٣٠٩) كتاب البيوع: باب بيع الكلب وابن ماجه (٢/ ٧٣٠) كتاب التجارات: باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن حديث (٢١٥٩) وأحمد (٤/ ١١٨، ١١٩، ١٢٠) والدارمي (٢/ ١٧٠ - ١٧١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٥١) والبيهقي (٦/ ١٢٦) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢١٥ - بتحقيقنا) من حديث أبي مسعود البدري قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن.
وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٣) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار (٤/ ١٢٩) كتاب الإجارات. باب الجعل على الحجامة والخطيب في التاريخ (١/ ٣٣٩) كلاهما من طريق رباح بن أبي معروف عن عطاء عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن من السحت كسب الحجام» لفظ الطحاوي، ولفظ الخطيب: «من السحت كسب الحجام، وثمن الكلب، ومهر البغي» وأخرجه أحمد (٢/ ٢٩٩، ٣٣٢، ٣٤٧، ٤١٥، ٥٠٠) من طريق آخر عن أبي هريرة بلفظ «نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام، وثمن الكلب، وكسب البغي» وأخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده (٤٣٣ - بغية) قال: حدثنا أبو النضر ثنا أبو معاوية يعني شيبان عن ليث عن عطاء عن أبي هريرة به مرفوعاً «أربع كلهن من السحت مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام وضراب الفحل».

(٤) أخرجه أحمد (٥/ ٤٣٥، ٤٣٦) في مسند محيصة بن مسعود رضي الله عنه، وأبو داود (٣/ ٧٠٧) كتاب البيوع والإجارات، باب في كسب الحجام، الحديث (٣٤٢٢) والترمذي، السنن (٣/ ٥٧٥) كتاب البيوع، باب ما جاء في كسب الحجام، الحديث (١٢٧٧) وابن ماجه (٢/ ٧٣٢) كتاب التجارات، باب كسب الحجام الحديث (٢١٦٦) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٣١) كتاب الإجارات، باب الجعل على الحجامة، والحميدي (٢/ ٣٨٧) رقم (٨٧٨) وابن أبي سيبة (٦/ ٢٦٥) وابن الجارود (٥٨٣) والبيهقي (٩/ ٣٣٧) من طرق عن الزهري عن حرام بن مصيصة عن أبيه وقال الترمذي حديث حسن.

وروي أنه ﷺ احتجمَ وأَعْطَىٰ الحَجَّام ديناراً[1] ولا يجوز استئجار الرجل أباه ليخدمه؛ لأنه مأمور بتعظيم أبيه، وفي الاستخدام استخفاف به، فكان حرام، فكان هذا استئجاراً على المعصية؛ وسواء كان الأب حرًّا أو عبداً استأجره ابنه من مولاه ليخدمه؛ لأنه لا يجوز استئجار[2] الأب، حرًّا كان أو عبداً؛ وسواء كان الأب مسلماً أَوْ ذِمِّيًّا؛ لأن تعظيم الأب واجب وإن اختلف الدين: قال الله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾ [لقمان: ١٥] وهذا في الأبوين الكافرين؛ لأنه معطوف على قوله - عزَّ وجلَّ -: ﴿وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلاَ تُطِعْهُمَا﴾ [لقمان: ١٥] ، وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً وخرجتها عليه فقلت: ومنها: أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء؛ فإن كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الإجارة، / لكن في هذا شبهة التداخل في الشروط والصناعة تمنع من ذلك. ٢/ ٢٢٨ أ

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً على العمل في شيء هو فيه شريكه؛ نحو ما إذا كان بين اثنين طعام فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه إلى مكان معلوم، والطعام غير مقسوم، فحمل الطعام كله، أو استأجر غلام صاحبه أو دابة صاحبه على ذلك؛ أنه لا تجوز هذه الإجارة عند أصحابنا: وإذا حمل لا أجر له، وعند الشافعي هذه الإجارة جائزة وله الأجر إذا حمل.

وبه قوله أن الأجر تابع نصف منفعة الحمل الشائعة من شريكه؛ لأن الإجارة بيع المنفعة فتصح في الشائع كبيع العين؛ وهذا لأن عمله وهو الحمل، وإن صادف محلاً مشتركاً وهو لا يستحق الأجرة بالعمل في نصيب نفسه فيستحقها بالعمل في نصيب شريكه.

ولنا أنه أجر ما لا يقدر على إيفائه؛ لتعذر تسليم الشائع بنفسه، فلم يكن المقدور عليه مقدور الاستيفاء، وإنما لا يجب الأجر أصلاً؛ لأنه لا يتصور استيفاء المعقود عليه؛ إذ لا

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٣٢٤) كتاب البيوع، باب ذكر الحجام، الحديث (٢١٠٣) وفي (٤/ ٤٥٨) كتاب الإجارة، باب خراج الحجام، الحديث (٢٢٧٨) و(٢٢٧٩) ومسلم (٣/ ١٢٠٥) كتاب المساقاة باب حل أجرة الحجامة، الحديث (٦٥/ ١٢٠٢) و(٦٦/ ١٢٠٢).
وأبو داود (٢/ ٢٨٧) كتاب البيوع: باب في كسب الحجام حديث (٣٤٢٣) وابن ماجه (٢/ ٧٣١) كتاب التجارات: باب كسب الحجام حديث (٢١٦٢) وأحمد (١/ ٢٤١، ٢٥٠، ٢٥٨، ٢٩٢، ٣١٦) وابن الجارود رقم (٥٨٤) من طرق عن ابن عباس.
ولمسلم الحديث (٦٦/ ١٢٠٢): «حجم النبي ﷺ عبد لبني بياضة، فأعطاه النبي ﷺ أجره، وكلم سيده فخفف عنه ضريبته. ولو كان سحتاً لم يعطه النبي ﷺ».
(٢) في أ: استخدام.

يتصور حمل نصف الطعام تبايعاً، ووجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب؛ بخلاف ما إذا استأجر من رجلٍ بيتاً له ليضع فيه طعاماً مشتركاً بينهما أو سفينة أو جوالقاً؛ أن الإِجارة جائزة؛ لأن التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع بدليل أنه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الأجر؛ وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه.

وذكر ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين ولأحدهما سفينة وأرادا أن يخرجا الطعام من بلدهما إلى بلد آخر، فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه، أو أرادا أن يطحنا الطعام، فاستأجر أحدهما نصف الرحى الذي لشريكه، أو استأجر أنصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام إلى مكة ـ فهو جائز؛ وهذا على قول من يجيز إجارة المشاع.

والأصل فيه أن كل موضع لا يستحق فيه الأجرة إلاَّ بالعمل، لا تجوز الإِجارة فيه على العمل في الحمل مشتركة، وما يستحق فيه الأجرة من غير عمل تجوز الإِجارة فيه لوضع العين المشتركة في المستأجر.

وفقه هذا الأصل ما ذكرنا أن ما لا تجب الأجرة فيه إلاَّ بالعمل فلا بد من إمكان إيفاء العمل، ولا تمكين من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم، فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الإِجارة وما لا يقف وجوب الأجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الإِجارة.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً على أن يحمل له طعاماً بعينه إلى مكان مخصوص[١] بقفيز منه، أو استأجر غلامه أو دابته على ذلك؛ أنه لا يصح، لأنه لو صح لبطل من حيث صح؛ لأن الأجير يصير شريكاً بأول جزء من العمل وهو الحمل، فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه؛ وذلك[٢] لا يجوز لما بينا: وإذا حمل فله أجر مثله؛ لأنه استوفى المنافع بعقد فاسد، فيجب أجر المثل ولا يتجاوز به قفيزاً، لأن الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من المسمى ومن أجر المثل؛ لما نذكر في بيان حكم الإجارة الفاسدة، إن شاء الله تعالى.

ومنها ألا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة؛ فإن كان فرضاً أو واجباً عليه قبل الإِجارة لم تصح الإجارة؛ لأن مَنْ أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق

(١) في أ: معلوم.
(٢) في أ: وذا.

الأجرة، كمن قضى ديناً عليه؛ ولهذا قلنا أن الثواب على العبادات والقرب والطاعات أفضال من الله ـ سبحانه ـ غير مستحق عليه؛ لأن وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه؛ لأن خدمة المولى على العبد مستحقة [وَلِحَقِّ الشكر للنعم السابقة][1]؛ لأن شكر النعمة واجب عقلاً وشرعاً[2]، ومن قضى حقاً مستحقاً عليه لغيره لا يستحق قبله الأجر؛ كمن قضى ديناً عليه في الشاهد.

---

(١) في أ: وبحق شكر النعم السابقة.

(٢) والمنعم هو الله سبحانه وتعالى، وشكره: إلزام النفس المشقةَ بتكليفها تجنب المستقبحات العقليةِ، وفعلَ المستحسناتِ العقلية.
وهو بهذا المعنى عند الأشاعرة واجب بالشرع لا بالعقل، فمن لم تبلغه دعوة نبي لا يأثم بتركه، خلافاً للمعتزلة القائلين بوجوبه عقلاً.
استدل الأشاعرة على دعواهم بدليلين:
الأول: لو وجب الشكر عقلاً قبل البعثة لعذب تاركه، لكن التالي باطل؛ فبطل المقدم وثبت نقيضه وهو عدم الوجوب عقلاً، وهو المطلوب.
أما الملازمة: فإلزامية؛ لأنهم يوجبون الثواب والعقاب بالطاعة والمعصية.
وأما الاستثنائية: فلقوله تعالى: ﴿وما كُنَّا معذِّبين حتَّى نبعث رسولاً﴾ أبي: نبيًّا مرسلاً؛ لأن الرسول حقيقة عرفية في النبي؛ فتقدم على غيرها، وقد نفى التعذيب إلى زمان البعثة فهو منفي قبلها.
فإن قيل: إن الآية نفت العذاب الدنيوي بدلالة السياق، ولم تنف العذاب الأخروي، وهو الذي يكون على ترك الواجب. فلا حجة لكم فيها.
قلنا: إن الآية لما دلت على أنه لا يليق بحكمة الله ورحمته أن يوقع العذاب الأدنى على ترك الشكر قبل إرسال الرسول. كانت دلالتها على عدم إيقاع العذاب الأكبر على تركه قبل البعثة من باب أولى.
الثاني: لو كان الشكر واجباً عقلاً قبل البعثة. لوجب إما لغير فائدة، وهو باطل؛ لأنه عبث، والعبث على الله تعالى محال، وإما لفائدة، وهو باطل أيضاً؛ لأن الفائدة لا جائز أن تكون راجعة إلى الله تعالى؛ لأنها إما جلب منفعة أو دفع مضرة، والله سبحانه وتعالى منزه عن كل منهما، ولا جائز أن تكون راجعة إلى العبد في الدنيا؛ لأن الاشتغال بالشكر كلفة عاجلة ومشقة على النفس لا فائدة له منها، ولا في الآخرة؛ لأن العقل لا يستقل بمعرفة الآخرة، فضلاً عما يقع فيها من غير إخبار الشارع.
وإذا انتفت الفائدة انتفى الوجوب، وثبت أن الشكر غير واجب عقلاً.
وقد ناقش المعتزلة هذا الدليل بوجوه عدة يكفي أن نذكر لك أهمها.
الأول: قالوا: لا نسلم عدم الفائدة من التكليف بالشكر قبل البعثة، بل له فوائد كثيرة، أهمها: فائدة تعود على المكلف نفسه، وهي خروجه من المسؤولية بيقين، فإنه يجوز أن يكون الشكر مطلوباً منه، فتركه يورث في نفسه احتمال العقوبة عليه، وتحصيله يزيل هذا الاحتمال؛ لأنه إن كان مطلوباً فقد فعله وإلا فلا شيء عليه من فعله.
ويجاب عن ذلك: بأن الإتيان بالشكر قد يخاف منه الضرر لوجوه ثلاثة:
١ ـ أن الإتيان بالشكر تصرف في ملك الغير بغير إذنه؛ لأن ما يتصرف فيه العبد من نفسه وغيرها ملك لله تعالى. والتصرف في ملك الغير بغير إذنه يكون سبباً لاستحقاق العقاب.

وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج أنه لا يصح؛ لأنها من فروض الأعيان، ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لأنه فرض عين، ولا على تعليم القرآن عندنا.

وقال الشافعي: الإِجارة على تعليم القرآن جائزة؛ لأنه استئجار لعملٍ معلومٍ ببدل معلومٍ فيجوز[1].

= ٢ ـ أن شكر الله سبحانه وتعالى على نعمه يعد استهزاء به؛ لأن ما أنعم به على العبد لا يساوي شيئاً بالقياس إلى عظمة الله وكبريائه، وما مثله إلا كمثل فقير حضر مائدة ملك عظيم يملك البلاد شرقاً وغرباً فتصدق عليه بكسرة خبز أو شربة ماء، فغشي بها المحافل والمجالس العظيمة يشكره عليها، فإنه يعتبر مستهزئاً بذلك الملك، مع أن ما أنعم الله به على عباده بالنسبة إلى كبريائه وخزائن ملكه أقل من نسبة الكسرة إلى خزائن الملك؛ لأن نسبة المتناهي إلى المتناهي أكثر من نسبة المتناهي إلى غير المتناهي.

٣ ـ أن الشكر من العبد ربما يقع مخالفاً للطريق الذي رسمه الله تعالى لشكره، فيكون جارياً على وجه غير لائق، وطريق غير مرضي ـ فيستحق فاعله العقاب بسببه.

الثاني: هذا الدليل منقوض بالوجوب الشرعي، على معنى أنه لو صح دليلكم للزم عدم وجوب شكر المنعم شرعاً بأن يقال: لو وجب الشكر شرعاً لوجب إما لفائدة أو لا لفائدة. فإن كان لفائدة كان عبثاً وهو محال، وإن كان لفائدة كان باطلاً، إلى آخر ما قرر في دليلكم. مع أنه واجب إجماعاً فما كان جواباً لكم يكون جواباً لنا.

والجواب عن ذلك: أَنْ نختارَ أَنَّ الوجوب الشرعي لفائدة في الآخرة، والشارع أخبرنا بها وأوقفنا عليها، وهذا غير متصور في الوجوب العقلي؛ لعدم استقلاله بأمور الآخرة كما تقدم.

ينظر: البحر المحيط للزركشي ١/١٤٩، البرهان لإمام الحرمين ١/٩٤، سلاسل الذهب للزركشي ٩٩، الإحكام من أصول الأحكام للآمدي ١/٨٣، نهاية السول للأسنوي ١/٢٦٣، منهاج العقول للبدخشي ١/١٥٧، غاية الوصول للشيخ زكريا الأنصاري ٧، التحصيل من المحصول للأرموي ١/١٨٤، المنخول للغزالي ١٤، المستصفى له ١/٦١، حاشية البناني ١/٦٠، الإبهاج لابن السبكي ١/١٣٩، الآيات البينات لابن قاسم العبادي ١/٩٧، حاشية العطار على جمع الجوامع ١/٨٥، تيسير التحرير لأمير بادشاه ٢/١٥٦، حاشية التفتازاني والشريف على مختصر المنتهى ١/٢١٦، الكوكب المنير للفتوحي ٩٨.

(١) اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز الاستئجار على أداء فروض الأعيان، من صلاة، وصيام، وحج، بمعنى أنه لا يصح لإنسان أن يستأجر غيره على أداء ما ذكر عن المؤجر، أو عن المستأجر، لأن نفعه لا يتعدى فاعله فلا يستحق في مقابلة أجراً.

وبيان هذا أنه إن كان العمل متعيناً على الأجير ـ لزمه القيام به عن نفسه، وبه تعود منفعتُه عليه، ولا يجوز له أخذ الأجرة على ما عمل ضرورة أن من وجب عليه عمل فأداه لا يجوز له أن يأخذ عليه أجراً، كما إذا قضى ديناً عليه، وإن كان العمل متعيناً على المستأجر لزمه القيام به بنفسه، ولا يقوم غيره مقامه في أدائه؛ لأن التكاليف مقصود منها اختبار الشخص، ومعرفة مقدار خضوعه وانقياده للتكاليف المطلوبة منه، ولو قام غيره مقامه ـ فلا يتحقق المعنى المقصود من التكاليف، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، ولكننا نراهم بعد ذلك اختلفوا، فمنهم من اقتصر في المنع على فروض الأعيان، وما شابهها في الصورة كنوافل الصلاة، وأجاز في غيرها، ومنهم من منع فيها وفي غيرها، وتفصيل هذا فيما يلي: =

....

= أولاً: أن المالكية قالوا: إن كل عبادة تعينت على الأجير أو المستأجر. لا يجوز الاستئجار على فعلها كالصلاة، والصوم، والحج، المكتوبات، ويلحق بذلك ما شابهه في الصورة كالصلاة على الميت، وركعتي الفجر، فكل هذا لا يقبل النيابة فلا تصح الإجارة عليه، وأمَّا ما يقبل النيابة، وهو ما عدا ما ذكر: كفروضية الكفاية من الإمامة، والأذان، وتعليم القرآن، وقراءته وتجهيز الميتة، ونحوها، فإنه تصح الإجارة على فعله؛ لأن فروضية الكفاية ليست مطلوبة من شخص بعينه، وهذا ما لم يتعين على شخص؛ بأن لم يوجد غيره يقوم بها، فإنه لا يصح أن يأخذ أجراً عليها.

وثانياً: أن الشافعية قسموا القرب إلى قسمين: من حيث وجوب النية في فعلها، وعدم وجوبها، ثم قالوا: إن كل عبادة لا بد لصحتها من نية لا تقبل النيابة، فلا تصح الإجارة على أدائها كالصلاة، وما يتعلق بها كالإمامة، سواء أكانت الصلاة فرضاً أم نفلاً، ولو كانت صلاة جنازة لتمحضها للعبادة، وشبهها بالصلاة المفروضة يميناً، وكذهاب الحكم عندهم في الإجارة على الحج عن الصحيح القادر والصوم عن الحيِّ.

وأن كل ما لا يحتاج إلى نية يقبل النيابة، فالإجارة على فعله جائزة كغسل الميت، وتجهيزه، ودفنه، وتعليم القرآن والأذان، وما إلى ذلك من كل شعار ديني لم تتوقف صحته على نية؛ لأنه لم يُقْصد بهذه الأعمال اختبار شخص معين بأصل الخطاب بها، وكذلك جَوَّزوا الإجارة على فعلها ولو تعينت مراعاة لأصل الخطاب.

وإنما لم تجز الإجارة عندهم على الجهاد، وإن لم يخاطب به شخص بعينه، لأن الخطاب به وإن كان شائعاً في الأصل يحتمله وغيره، لكنه بحضور الصف يتعين عليه، فلا يكون قابلاً للنيابة، فلا يصح أخذ الأجرة عليه.

وثالثاً: أن متقدمي الحنفية، كالإمام أبي حنيفة وصاحبيه، يرون أن كل طاعة يختص فاعلها بأن يكون مسلماً. لا يجوز الاستئجار على فعلها، سواء أكانت فرضاً أم نفلاً، أم واجباً، وسواء أكان كل من الفرض والواجب عينيًا، أم كفائيًا.

وهكذا يرى المتقدمين منهم يمنعون الإجارة في العبادات التي لم تتمحض للمالية، فيدخل في ذلك البدنية الصرفة، كالصلاة، والصوم، والإمامة، والأذان، وتعليم القرآن وكل عبادة لا شائبة للمال فيها، كما يدخل في ذلك العبادة المركبة من المالية والبدنية، كالحج، فإنه لا يصح الاستئجار عندهم على أدائه، وإنما جوَّزوا الحج عن العاجز على سبيل النيابة لا الإجارة.

وأما متأخروهم فإنهم جوزوا الاستئجار على تعليم القرآن، والإمامة، والأذان والإقامة، والوعظ، دون غيرها، بحجة أن الناس قَدْ تَهَاوَنوا في أداء هذه المهام حسبةً لله تعالى، لاشتغالهم بأمور المعاش، فأخذهم الأجرة عليها يحفزهم على القيام بها والمحافظة عليها.

قالوا: وإنما كره المتقدمون الإجارة عليها، لأنه كان للقائمين بها أرزاق منظمة يأخذونها من بيت المال، مع رغبة الناس الأكيدة يومئذٍ في المحافظة على شعائر الدين، ثم قالوا: أما في زماننا فليس لهم أرزاق، وإن كانت فهي بحيث لا تفي بحاجاتهم الدنيوية، يضاف إلى ذلك أنهم لو اشتغلوا بها لتعطل عليهم أمر المعاش، والحاجة شديدة إليه وقد قَلَّتْ رغبة الناس في أداء هذه الأعمال حسبة لله؛ فلذلك قلنا بجواز أخذ الأجرة على ما ذكرنا وبقي ما عداه على أصل الحظر.

ورابعاً: أنه قد روي للحنابلة في ذلك روايتان: إحداهما توافق ما ذهب إليه متقدموا الحنفية من منع الاستئجار على القرب التي يشترط إسلام فاعلها، والأخرى جواز الاستئجار عليها إن تعدى نفعها فاعلها، =

....

= كالإمامة، والأذان، والحج عن الغير، وتعليم القرآن.

فهذه مذاهب الأئمة ـ رحمهم الله ـ في الإجارة على القرب، ويمكننا أن نخرج منها بأنهم اتفقوا على منع الاستئجار على كل عبادة بدنية، ولو كان للمال بها شائبة، كالصلاة، والصيام، والحج عن الصحيح القادر.

وعلى جواز الاستئجار على كل عبادة مالية صرفة، كأداء الزكاة، وإخراج الكفارات، لأن المقصود من هذه الأمور سدُّ خَلَّة الفقير ودفع حاجة، وهذا كما يتحقق بفعل المستأجر يتحقق بفعل الأجير.

واختلفوا فيما عدا ذلك من العبادات التي يتعدى نفعها للغير وتقبل النيابة، كالأذان، وتعليم القرآن، وقراءته، والإمامة، وغسل الميت وتجهيزه، فمنع ذلك متقدموا الحنفية والإمام أحمد في رواية، وأجازه المالكية والشافعية وأحمد في الرواية الأخرى، إلا أن الشافعية لم يجوزوا الإجارة على الإمامة؛ لأنها من متعلقات الصلاة، ومتأخري الحنفية لم يجوزوا الإجارة على قراءة القرآن، لعدم الضرورة إليها، بخلاف تعليمه، ففي القرب التي يتعدى نفعها إلى غير فاعلها مذهبان على سبيل الإجمال: منع الإجارة عليها، وجوازها. وإليك أدلة كلٍّ وما يدور حولها من مناقشات.

استدل المانعون بما يأتي:

أولاً: ما رواه الإمام أحمد في مسنده عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِقْرَءُوا القرآن، ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به» قال الحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد رجاله ثقات اهـ.

وثانياً: ما رواه أحمد والترمذي عن عمران بن حصين رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «اقرؤوا القرآن، واسألوا الله به، فإن من بعدكم قوماً يقرؤون القرآن يسألون به الناس» .اهـ.

قال الترمذي: هذا حديث حسن ليس إسناده بذاك.

وثالثاً: ما رواه ابن ماجه عن أبي بن كعب رضي الله عنه، قال: علّمت رجلاً القرآن فأهدى لي قوساً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: «إِنْ أَخَذْتَهَا أَخَذْتَ قوساً من نار، فرددتها» .اهـ.

ورابعاً: ما رواه أصحاب السنن الأربعة والحاكم وصححه عن عثمان بن أبي العاص الثقفي أنه قال: «آخِرُ مَا عَهِدَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ أَنِ اتَّخِذْ مُؤَذِّناً لا يأْخُذُ على الآذان أجْراً».

فهذه الأحاديث صريحة: في منع أخذ الأجرة على تعليم القرآن وعلى الآذان، ويقاس عليهما غيرهما من القرب التي يتعدى نفعها إلى غير فاعلها، بجامع أن كلاً قربة لله تعالى.

وخامساً: أن القربة إذا وقعت إنما تقع عن فاعلها، فهو الذي ينتفع بثوابها، ولا يحصل لغيره شيء من هذا الثواب، فأخذ الأجرة في مقابلتها لا يجوز لعدم المعارضة، كمن يأخذ أجرة على حمل متاع نفسه، أو خياطة ثوبه.

وسادساً: أن أخذ الأجرة على القرب المذكور سبب لتغيير الناس عنها، وفي ذلك تضييع للشعائر الدينية أو اشتغال لها؛ فلا يجوز.

وقد ناقش الجمهور هذه الأدلة بما يأتي:

أما الحديث الأول: فهو أخص من محل النزاع، لأن المنع من التأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من الاستئجار على تعليمه، لأن الأكل به محمول على اتخاذه وسيلة للسؤال، كما يصنع بعض أهل زماننا؛ =

....

= وإنما حرم لما فيه من الزراية بالقرآن، والذي سوغ الحمل على هذا المعنى هو الجمع بينه وبين قوله ﷺ: «إن أحسن ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله» كما سيأتي ذلك في أدلة المجوزين، ويؤيده حديث عمران بن حصين المذكور بعده.

وأما الحديث الثاني: فليس فيه إلا تحريم السؤال بالقرآن، وهذا غير اتخاذ الأجرة على تعليمه.

وأما الحديث الثالث: فقد قال البيهقي: إنه منقطع. يعني بين عطية الكلاعي، وأُبي بن كعب، وكذلك قال المِزِّيُّ، وتعقبه الحافظ: بأن عطية ولد في حياة الرسول ﷺ. وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن بن سليم الراوي له عن عطية، وله طرق عن أبي. قال ابن القطان: لا يثبت منها شيء.

وعلى فرض صحته، فهو واقعة ممن تحتمل أن يكون المنع فيها لمانع سوى كون القوس هدية على القرآن، كأن يكون واقعها تكلف دفعها حياءً لا عن طيب نفس، ووقائع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال. كساها ثوب الإجمال، فنزلت عن درجة الاستدلال.

وأما الحديث الرابع: فغايته أن الرسول ـ ﷺ ـ عهد إلى عثمان بن أبي العاص الثقفي أن يتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً، وكان عثمان عاملاً، والعامل إذا استأجر فإنما يستأجر من بيت مال المسلمين لا من ماله، ولا ريب أن العامل يجب عليه أن يراعي المصلحة، فلا ينفق مالاً في الأمور التي يمكن تأديتها احتساباً لما فيه من التبذير.

فالمنع من الإجارة على الأذان في هذه الحالة ليس منشؤه نفس الإجارة، وإنما منشؤه المحافظة على مال المسلمين العام، فلا يلزم فيه منع الإجارة من المال الخاص، وكذا من المال العام إذا لم يوجد من يقوم به احتساباً.

وأما الدليل الخامس: فيقال فيه: إن القرب المذكورة، فيها جهتان:

أولاهما: الثواب الخاص بفاعلها، وليس الاستئجار عليها من هذه الجهة.

وثانيتهما: النفع المتعدي إلى المسلمين، والاستئجار عليها إنما هو من هذه الجهة، فتعليم القرآن ثوابه للمعلم، وأثره وهو التعلم حاصل للمتعلم، وكذا الإمامة، ثوابها للإمام، وأثرها ربط صلاة المأمومين به، وهو نفع واصل إليهم، والآذان ثوابه للمؤذن وأثره معرفة القوم للوقت، وذهابهم للصلاة، وسقوط الطلب عنهم، وأما القراءة فثوابها للقارىء، وأثرها وهو الاستماع والاتعاظ، وغيرهما، واصل للحاضرين، وفرق عظيم بين هذه الأمور وبين خياطة الإنسان ثوب نفسه، أو حمل متاع نفسه فإن هذا لا نفع فيه لغير فاعله أصلاً، فلا يتصور استحقاق أجرة عليه، بخلاف ما معنا.

وأما الدليل السادس: فيقال فيه: إن المشاهدة تدل على خلافه، فالمسلمون مفطورون على حب الانفاق في سبيل لإقامة هذه الشعائر، وإنا لنجد أهل الخير يقفون الأوقاف العظيمة على المساجد والمقارىء والتعليم الديني، ثم هو معارض بأن المنع من الإجارة على هذه الأمور يؤدي إلى اشتغال الناس بغيرها مما يعود عليهم بالثروة كالتجارة والصناعة، فيؤدي ذلك إلى تضييعها.

واستدل المجوزون بما يأتي:

أولاً: ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن نفراً من أصحاب النبي ـ ﷺ ـ مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء. فقال: هل فيكم من ارق، فإن في الماء رجلاً لديغاً أو سليماً؟ فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء، فجاء بالشاء إلى أصحابه، فكرهوا ذلك، =

....

= وقالوا: أخذت على كتاب الله أجراً؟! حتى قدموا المدينة، فقالوا: يا رسول الله، أخذ على كتاب الله أجراً!! فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ ما أَخَذْتُم عَلَيْهِ أَجراً كِتَابُ اللَّهِ» والحديث صريح في إباحة أخذ الأُجْرة على كتاب الله، وهو بعمومه يتناول الرقية التي هي السبب، وغيرها من تلاوة وتعليم. وإذا جاز أَخذ الأجرة على كتاب الله، وهو قربة يتعدى نفعها جاز أخذها على سائر ما يتعدى نفعه من القرب إذ لا فرق.

وثانياً: ما أخرجه الشيخان عن سَهْلِ بْنِ سَعْد: «أن النبي ﷺ جاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوجنها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ﷺ: هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاه؟ فقال: ما عِندي إلا إزاري هذا، فقال النبي ﷺ: إِنْ أَعْطَيْتَها إِزَارَكَ جَلَسْتَ لا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئاً، فقال: ما أَجِدُ شَيْئاً، فقال: الْتَمِسْ، وَلَوْ خَاتماً مِنْ حَدِيدٍ، فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئاً، فقال له النبي ﷺ: هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرآنِ شَيْء؟ قال: نَعَمْ سُورَةُ كَذَا، وَسُورَةُ كَذَا، بِسُور يُسَمِّيهَا، فقال له النبي ﷺ: قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرآنِ». وفي رواية لهما: «قَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرآنِ».

فالحديث يفيد جواز جعل تعليم القرآن صَدَاقاً، وإِذَا جاز أن يكون التعليم عِوَضاً في باب النكاح. جاز أن يكون معوضاً عنه في غيره.

وثالثاً: إن الإجارة على أداء قربة يتعدى نفعها إلى غير فاعلها، لا يَعْدو أن يكون إجارة على عمل معلوم مشروع واصل نفعه إلى المستأجر فيجوز كسائر أنواع الإجارة.

وقد ناقش المانعون هذه الأَدِلَّة بما يأتي:

أما الحديث الأَوَّلُ: فإنه ورد في الرقية، فيختص بجواز الأجرة عليها، وهي من باب التداوي، لا من باب العبادة، فلا يقاس عليها غيرها، فيبقى ما عداها على المنع، على أنه يمكن حمل الأجر في الحديث على الثواب، فلا يدل على جواز أخذ الأجرة أصلاً، كما يمكن أن يكون الأخذ من هؤلاء لأنهم كفار، أو لأنه كان يجب عليهم أن يضيفوهم، فكان هذا عِوَضَهُ ما استحقوه من الضيافة.

وأما الحديث الثاني: فليس صريحاً في أن الرسول ـ ﷺ ـ جعل تعليم المرأة صداقاً كما قلتم، لاحتمال أن تكون الباء في قوله «بما معك» لِلسَّبَبِيَّةِ لا للمعاوضة، ويكون الرسول ـ ﷺ ـ قد زوجه إياها بلا مهر إكراماً لحفظه مقداراً من القرآن، وقد كان الرسول يملك هذا الحق، أو أن يكون الرسول ـ ﷺ ـ قد أَصْدَقَها شيئاً من عنده إكراماً لهما، أو سكت عن المهر فأصبح واجباً في ذمة الزوج مهر مثلها، وأيًا ما كان الأمر فلا دلالة في الحديث على جعل تعليم القرآن صداقاً.

وأما الدليل الثالث: فهو قياس في مقابلة النصوص المانعة من أخذ الأجرة على القرب فهو فاسد الاعتبار.

وأُجيب عن هذه المناقشة بما يأتي:

أولاً: أَنَّه حمل الحديث الأَوَّلُ على الرُّقية تخصيص بالسبب، والعبرة بعموم اللَّفْظِ لا بخصوص السبب.

وقولهم: إن الأَجر معناه: الثواب ـ مردود؛ لأَن سياق الحديث يَأْبَاهُ للتصريح بالشاء.

وقولهم: إن الرقية من باب التَّدَاوي، لا من باب العبادة ـ مسلم، ولكنها مع هذا لا تخلو من أَنَّهَا قربة، نظراً لما تشتمل عليه من التلاوة، ولولا كونها قربة لما أَفادت الشفاء بغير سبب ظاهر، إذ إفادته بغير السبب الظاهر إنما نشأت عن بركة التلاوة، وكيف يكون فيها البركة وهي غير قربة؟!

ودعوى أن الأخذ كان لكفرهم، أَوْ لِوُجُوبِ الضيافة عَلَيْهِم ـ بعيدة عن سياق الحديث، ولو كان ذلك =

ولنا: أنه استئجار لعمل مفروض، فلا يجوز كالاستئجار للصوم والصلاة، ولأنه غير مقدور الاستيفاء في حق الأجير لتعلقه بالمتعلم، فأشبه الاستئجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه.

وقد روي أن أبي بن كعب ـ رضي الله عنه ـ أقرأ رجلاً فأعطاه قوساً، فسأل النبي ﷺ عن ذلك، فقال ﷺ: «أَتُحِبُّ أَنْ يَقوسَكَ اللَّهُ بِقَوْسٍ مِنْ نَارٍ»؟ قال لا؛ فقال ﷺ: «فَرُدَّهُ»[1] ولا

= هو الواقع لما ناط النبي ـ ﷺ ـ أحقية أخذ الأجر بكونه على كتاب الله وسماه أجراً، فلم يكن غنيمة، ولا فيئاً، ولا ضيافة، وكيف يكون عوض ضيافة، وقد استغنوا عنه، وجاءوا به كاملاً إلى النبي ﷺ؟!

ثانياً: أن احتمال كون الباء في الحديث الثاني للسببية ـ غير ظاهر؛ لأنه يرده ما في رواية مسلم: «انْطَلِقْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَعَلِّمْهَا مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، وما في حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ عند البيهقي قال: «ما تحفظ من القرآن؟ قال: سُورَةَ البقرة، والتي تليها، قال: فقم، فعلمها عشرين آية، وهي امرأتك».

فهاتان الروايتان تدلان على أن تعليم القرآن كان صداقاً للمرأة، ومن نظر في أَدِلَّةِ الفريقين، وما دار حولها من مناقشات، وأجوبة ـ لم يسعه إلا اختيار مذهب المجوزين، لأخذ الأجرة على القرب التي يتعدى نفعها.

ولعمري، إنّ من تأمل جَلياً وجد أغلب الأعمال التي يرد عقد الإجارة عليها إنما هي قرب وطاعات لولا الأجرة.

أَلاَ تَرَى أن إيمانه الضعيف، والحمل عن العاجز، وَخِيَاطَةُ الثياب للفقراء، كلها من قبيل القُرَب التي يندب فعلها بلا أُجْرَةٍ، وكلها يجوز الاستِئجارِ عليها، وأَخْذِ الأجرة في مقابلتها.

غاية الأمر أن أخذ الأجرة يحبط ثوابها، ما لم يكن فيها محاباة أو نية صالحة، فإنّ مُوءَدِّيَهَا يكون له من الثواب بقدر ذلك، فكذا هذه الأعمال يجوز الاستئجار عليها، وأخذ الأُجْرَة في مقابلتها يحبط ثواب نفعها المتعدي، ويبقى ثواب نفعها الأصلي إذ لم يرد عقد الإجارة عليه.

وإيضاح ذلك أنّ المُؤَذِّنَ ـ مثلاً ـ يقوم بالأذان عن نفسه وعن غيره، فيستحق ثواب نية وعمله عن نفسه وعن غيره، فإذا أخذ الأجرة ـ سقط الثواب المتعلق بغيره، وبقي ثواب النية، وثواب العمل المتعلق بنفسه، وثواب ما يؤدي إليه من تذكر وتفكر.

قال ابن العربي: والصحيح أخذ الأجرة على الأذان، والصلاة، والقضاء، وجميع الأعمال، الدينية، فإن الخليفة يأخذ أجرته على هذا كله، وفي كل واحد منها يأخذ النائب أجرة كما يأخذ المستنيب .اهـ.

وهو يريد من الصلاة الإمامة لاتفاق الأئمة ـ رحمهم الله جميعاً ـ على أن الإجارة لا تجوز على الصلاة مطلقاً كما يريد أيضاً من كلمة وجميع الأعمال الدينية الأعمال التي يتعدى نفعها إلى غير فاعلها. ينظر: الإجارة لشيخنا منصور محمد الشيخ.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٣٠) كتاب التجارات باب الأجر على تعليم القرآن حديث (٢١٥٨) والبيهقي (٦/ ١٢٥) من طريق عبد الرحمن بن مسلم عن عطية الكلاعي عن أُبي بن كعب به.

وقال البوصيري في الزوائد (٢/ ١٦٥): هذا إسناد مضطرب قاله الذهبي في ترجمة عبد الله بن مسلم وقال العلائي في المراسيل عطية بن قيس عن أُبي بن كعب مرسل.

٢٢٨/١ ب على الجهاد؛ لأنه فرض عين عند عموم النفير، وفرض كفاية في / غير تلك الحال، وإذا شهد الوقعة فتعين عليه فيقع عن نفسه.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «مَثَلُ مَنْ يَغْزُو فِي أُمَّتِي وَيَأْخُذُ الْجَعْلَ عَلَيْهِ كَمَثَلِ أُمِّ مُوسَىٰ تُرْضِعُ وَلَدَهَا وَتَأْخُذُ عَلَيْهِ أَجْراً»[١]. ولا على الأذان والإقامة والإمامة؛ لأنها واجبة.

وقد روي عن عثمان بن أبي العاص الثقفي أنه قال: آخرُ ما عهد إليَّ رسولُ الله ﷺ أن أصلي بالقوم صلاة أضعفهم، وأن أتَّخذ مؤذناً لا يأخذ على الأذان أجراً[٢]؛ ولأن الاستئجار على الأذان والإقامة والإمامة وتعليم القرآن والعلم ـ سببٌ لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعلم؛ لأن ثقل الأجر يمنعهم عن ذلك؛ وإلى هذا أشار الربُّ ـ جلَّ شأنه ـ في قوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْراً فَهُمْ مِنْ مَغْرَمٍ مُثْقَلُونَ﴾ [الطور: ٤٠]، فيؤدي إلى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز؛ وقال ـ تعالى ـ: ﴿وَمَا تَسْأَلُهُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ﴾ [يوسف: ١٠٤] أي: على ما تبلغ إليهم أجراً، وهو كان ﷺ يبلغ بنفسه وبغيره بقوله ﷺ: «أَلاَ فَلْيُبَلِّغِ الشَّاهِدُ الْغَائِبَ»[٣]. فكان كل معلم مبلغاً، فإذا لم يجز له أخذ الأجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا؛ فكذا لمن يبلغ بأمره؛ لأن ذلك تبليغ منه معنى.

ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة والأدب؛ لأنه ليس بفرض ولا واجب.

وكذا يجوز الاستئجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا.

ولا يجوز الاستئجار على غسل الميت ذكره في الفتاوى؛ لأنه واجب، ويجوز [الاستئجار][٤] على حفر القبور.

وأما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى أنه جائزٌ على الإطلاق، وفي بعضها أنه إن كان يوجد غيرهم يجوز، وإن كان لا يوجد غيرهم لا يجوز؛ لأن الحمل عليهم واجب.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر الرجل ابنه وهو حُرٌّ بالغ ليخدمه؛ أنه لا يجوز لأن خدمة الأب الحر واجبة على الابن الحر، فإن كان الولد عبداً والأب حر فاستأجر ابنه من مولاه جاز؛ لأنه إذا كان عبداً لا يجب عليه خدمة الأب، وكذلك إن كان الابن مكاتباً؛ لأنه لا يلزمه خدمة أبيه فكان كالأجنبي.

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل ص (٢٤٧) رقم (٣٣٣) وسعيد بن منصور (٢٣٦١) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٧) كلهم عن هبير بن نفير مرسلاً.

(٢) تقدم تخريجه في كتاب الآذان.

(٣) تقدم تخريجه في كتاب الحج.

(٤) سقط من: ط.

ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز؛ لأن خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قسم الأعمال بين عليٍّ وفاطمة ـ رضي الله عنهما ـ فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة، وما كان خارج البيت على عليٍّ، فكان هذا استئجار على عمل واجب ـ فلم يجز؛ ولأنها تنتفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الأجير غير جائز.

ولا يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها؛ لأن ذلك استئجار على خدمة الولد، وإنما اللبن يدخل فيه تبعاً على ما ذكرنا، فكان الاستئجار على أمر عليها فيما بينها، وبين الله تعالى؛ ولأن الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها، وأجرة الإرضاع تجري مجرى النفقة، فلا تستحق نفقتين على زوجها، حتى لو كان للولد مال، فاستأجرها لإرضاع ولدها منه من مال الولد، جاز؛ كذا روى ابن رستم عن محمد؛ لأنه لا نفقة لها على الولد، فلا يكون فيه استحقاق نفقتين.

ولو استأجر لولده من ذوات الرحم المحَرَمِ اللاتي لهن حضانته، جاز؛ لأنه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على أب الولد.

ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها؛ لأنه ليس عليها خدمة ولد غيرها.

ولو استأجر على إرضاع ولده خادم أمه فخادمها بمنزلتها، فما جاز فيها جاز في خادمها، وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها؛ لأنها هي المستحقة لمنفعة خادمها فصار كنفقتها؛ وكذا مدبرتها لأنها تملك منافعها؛ فإن استأجر مكاتبتها جاز؛ لأنها لا تملك منافع المكاتبة فكانت كالأجنبية.

ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت بأجر مسمى، فهو جائز؛ لأن خدمة البيت غير واجبة على الزوج، فكان هذا استئجاراً على أمر غير واجب على الأجير؛ وكذا لو استأجرته لرعي غنمها؛ لأن رعي الغنم لا يجب على الزوج، وإن شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت: ومنها ألاً ينتفع الأجير بعمله فإن كان ينتفع به لم يجز؛ لأنه حينئذٍ يكون عاملاً لنفسه، فلا يستحق الأجر؛ ولهذا قلنا: إن الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا الاستحقاق، لأن العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه؛ قال سبحانه وتعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحاً فَلِنَفْسِهِ﴾ [فصلت:٤٦]، ومن عمل لنفسه لا يستحق الأجر على غيره؛ وعلى هذه العبارة أيضاً يخرج الاستئجار على الطاعات، فرضاً كانت أو واجبة أو تطوعاً؛ لأن الثواب موعود للمطيع على الطاعة، فينتفع الأجير بعمله فلا يستحق الأجر.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً ليطحن له قفيزاً من حنطة بربع من دقيقها، أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه، أنه لا يجوز؛ لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر، فيكون / عاملاً لنفسه. ٢/٢٢٩ أ

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه نَهَىٰ عن قفيز الطحان[1]، ولو دفع إلى حائك[2] غزلاً لينسجه بالنصف، فالإجارة فاسدة؛ لأن الحائك ينتفع بعمله، وهو الحياكة، وكذا هو في معنى قفيز الطحان، فكان الاستئجار عليه منهيًا، وإذا حاكه فللحائك أجر مثل عمله لاستيفائه المنفعة بأجرة فاسدة، وبعض مشايخنا بـ«بلخ» جوز هذه الإجارة، وهو محمدُ بْنُ سلمة ونَصْرُ بْنُ يحيى.

ومنها أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة، ويجري بها التعامل بين الناس؛ لأنه عقد شرع، بخلاف القياس لحاجة الناس، ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها أو[3] الاستظلال بها؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر.

ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه، لم يجز؛ لأنه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة، وهو تبقية الثمر عليها، فلم تكن المنفعة مقصودة عادةً؛ وكذا لو استأجر الأرض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجراً باستئجار الأرض، ولا يجوز استئجار الشجر.

وقال أبو يوسف: إذا استأجر ثياباً ليبسطها ببيت ليزين بها ولا يجلس عليها، فالإجارة فاسدة؛ لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس منفعة مقصودة عادة، وقال عمرو عن محمد في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر عليه؛ لأن قود الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة.

ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت، ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشمومات للشم؛ لأنه ليس بمنفعة مقصودة؛ ألا ترى أنه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة، والله ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ الموفق.

---

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٢/ ٣٠١) حديث (١٠٢٤) والطحاوي في مشكل الآثار (١/ ٣٠٧) باب بيان مشكل ما روي عن نهيه عن قفيز الطحان، والدارقطني (٣/ ٤٧) كتاب البيوع حديث (١٩٥) والبيهقي (٥/ ٣٣٩) كتاب البيوع باب النهي عن عسب الفحل من طريق سفيان الثوري عن هشام عن أبي لكيب عن أبي نعم عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان ووقع عند الدارقطني «نهى» بدون ذكر رسول الله ﷺ، قال البيهقي: (ورواه ابن المبارك عن سفيان كما رواه عبيد الله وقال: نهى، وكذلك قاله إسحاق الحنظلي عن وكيع «نهى عن عسب الفحل» ورواه عطاء بن السائب عن عبد الرحمن بن أبي نعم قال: «نهى رسول الله ﷺ» فذكره.

(٢) الحائك: ناسج الثياب. المعجم الوسيط (حوك).

(٣) في ط: و.

وأما الذي يرجع إلى محل المعقود عليه، فهو أن يكون مقبوض المؤاجر إذا كان منقولاً، فإن لم يكن في قبضة فلا تصح إجارته؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض، والإجارة نوع بيع، فتدخل تحت النهي؛ ولأن فيه غرز انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع، فلا تصح الإجارة، وقد نهى رسولُ الله ﷺ عن بيعٍ فيه غَرَرٌ[1].

---

(١) أخرجه مسلم (٣/١١٥٣) كتاب البيوع: باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر حديث (٤/١٥١٣) وأبو داود (٣/ ٢٥٤) كتاب البيوع: باب في بيع الغرر حديث (٣٣٧٦) والترمذي (٣/ ٥٣٢) كتاب البيوع: باب ما جاء في كراهية بيع الغرر حديث (١٢٣٠) والنسائي (٧/ ٢٦٢) كتاب البيوع: باب بيع الحصاة، وابن ماجه (٢/ ٧٣٩) كتاب التجارات: باب النهي عن بيع الحصاة حديث (٢١٩٤) وأحمد (٢/ ٣٧٦، ٤٣٦، ٤٣٩) والدارمي (٢/ ٢٥١) كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الغرر، (٢/ ٢٥٤) كتاب البيوع: باب في بيع الحصاة، وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٥٩٠) والدارقطني (٣/ ١٥ ـ ١٦) كتاب البيوع رقم (٤٧) والبيهقي (٥/ ٢٦٦) كتاب البيوع: باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٩٧ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق عبيد الله عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وقال البغوي: هذا حديث صحيح.
وللحديث شواهد من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب مرسلاً وسهل بن سعد الساعدي.
حديث ابن عمر:
أخرجه ابن حبان (١١١٥ ـ موارد) والبيهقي (٥/ ٣٣٨) كتاب البيوع، كلاهما من طريق المعتمر عن أبيه عن نافع عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٦) وإسناده حسن صحيح وأخرجه أبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٩٤) من طريق معاوية عن سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر به.
وقال أبو نعيم: تفرد به معاوية عن سفيان.
وأخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٦/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦) من طريق إسحاق بن حاتم العلاف ثنا يحيى بن سليم عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر به.
ـ حديث ابن عباس:
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٣٩) كتاب التجارات: باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر حديث (٢١٩٥) وأحمد (١/ ٣٠٢) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٧/ ٣) كلهم من طريق أيوب بن عتبة عن يحيى بن أبي كثير عن عطاء عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.
ومن طريق أيوب أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٥٤) رقم (١١٣٤١).
وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٧١): هذا إسناد ضعيف لضعف أيوب بن عتبة قاضي البجامي.
وللحديث طريق آخر عن ابن عباس.
أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٢٥٤) رقم (١١٦٥٥) من طريق النضر أبي عمر عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر. =

وإن لم يكن منقولاً فهو على الاختلاف المعروف في بيع العين؛ أنها تجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا تجوز عند محمد، وقيل في الإِجارة لا تجوز بالإِجماع.

وأما الذي يرجع إلى ما يقابل المعقود عليه وهو الأجرة[1]، والأجرة في الإِجارات معتبرة

= قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٨٣): رواه الطبراني في الكبير وفيه النضر أبو عمر وهو متروك.
حديث أنس بن مالك:
أخرجه أبو يعلى (٥/ ١٥٤ ـ ١٥٥) رقم (٢٧٦٧) من طريق إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: لا تلامسوا ولا تناجشوا ولا تبايعوا الغرر ولا يبيعن حاضر لباد....».
وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٨١) وقال: رواه أبو يعلى وفيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف. وذكره الحافظ في «المطالب العالية» (١/ ٣٩٩) رقم (١٣٣٧) وعزاه لأبي يعلى.
ـ حديث سهل بن سعد:
أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٨٣) وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح خلا إسماعيل بن أبي الحكم الثقفي وثقه أبو حاتم ولم يتكلم فيه أحد.
مرسل سعيد بن المسيب:
أخرجه مالك (٢/ ٦٦٤) كتاب البيوع: باب بيع الغرر حديث (٧٥) والبيهقي (٥/ ٣٣٨) كتاب البيوع. والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٩٧ . بتحقيقنا) من طريق أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر... قال البيهقي: هذا مرسل.
وقال البغوي: هكذا رواه مالك مرسلاً وقد صح موصولاً.

(١) معلوم أن الأجرة هي العوض الذي يدفعه المستأجر في مقابلة انتفاعه، وقد صرح الفقهاء بأن الأجرة في باب الإجارة مقابلة بالثمن في باب البيع، ومن الواضح أن كلاً منهما ثمن في موضعه، وإن وجدت مخالفة بينهما من بعض الوجوه، وذلك أن الأصل في الثمن أن يكون حالاً؛ لأنه مقابل ببدله وهو مال غالباً، والأصل في الأجرة أن تكون مؤجلة؛ لأنها مقابلة ببدلها. وهي المنفعة، وهي لا تحصل للمتأجر دفعة واحدة، بل تحصل شيئاً فشيئاً على التراخي، إلاَّ أن المالكية يوجبون تعجيل الأجرة في أربع مسائل. وإليك بيانها:
المسألة الأولى: إذا كانت الأجرة معينة، وكان هناك شرط بتعجيلها أو عادة، فإنه يجب تعجيلها، سواء أكانت المنافع معينة أم مضمونة، وسواء أشرع المستأجر في استيفائها أم لا:
مثال ذلك أن تقول: أكريتك هذه الدابة، أو دابة من دوابي لتسافر عليها إلى كذا بهذا الثوب.
والتعجيل في هذه المسألة لحق الله تعالى، فإن أخر لأكثر من ثلاثة أيام فسد العقد لما يلزم عليه من بيع معين يتأخر قبضه، وإن لم يشترط التعجيل، ولم تجر به عادة ـ فسد العقد أيضاً، وإن عجل دفع الأجرة، لأن السكوت عن اشتراط التعجيل من عدم جريان العرف به يشبه اشتراط التأجيل، فيلزم عليه بيع معين يتأخر قبضه.
المسألة الثانية: إذا لم تكن الأجرة معينة واشترط تعجيلها. ومثال ذلك: أن تقول: أكريتك داري سنة بعشرة دنانير حالة ـ فإنه يجب تعجيل الأجرة سواء أكانت المنافع معينة أم مضمونة، وسواء أشرع المستأجر في استيفائها أم لا. =

بالثمن في البياعات، لأن كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال، فما يصلح ثمناً في البياعات يصلح أجرة في الإجارات، وما لا فلا، وهو أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً، وغير ذلك مما ذكرناه في «كتاب البيوع».

= وتعجيل الأجرة في هذه المسألة لحق الآدمي، إن كانت المنافع معينة شرع في استيفائها أم لا. أو كانت مضمونة وشرع فيها لعدم ما يمنع شرعاً من التأخير، وعلى هذا يقضي على المستأجر بالتعجيل عند التنازع، ولو تراضيا على التأخير جاز والعقد صحيح، وأما إن كانت المنافع مضمونة، ولم يشرع المستأجر في استيفائها فالتعجيل فيها لحق الله، فلا يجوز التراضي على التأخير لما سيأتي في المسألة الرابعة.

المسألة الثالثة: إذا لم تكن الأجرة معينة، ولم يشرط تعجيلها، ولكن كانت العادة تعجيلها، فإنه يجب التعجيل، لأن العرف كالشرط، والتعجيل فيها لحق الآدمي في صور ثلاث، وحق الله في صورة واحدة كما في المسألة الثانية.

المسألة الرابعة: إذا كانت الأجرة غير معينة، ولم يشترط تعجيلها، ولم يمر به عرف، وكانت المنافع مضمونة، ولم يشرع المستأجر في استيفائها بأن تأخر أكثر من ثلاثة أيام. فإنه يجب تعجيل الأجرة جميعها، لحق الله تعالى لئلا يلزم ابتداء الدين بالدين، فإن ذمة المستأجر مشغولة بالأجرة. وذمة المؤجر مشغولة بمنافع الشيء المكتري. فإن شرع المستأجر في استيفاء المنفعة بعد العقد قبل انتهاء ثلاثة أيام جاز تأخير الأجرة لانتفاء العلة السابقة، بناء على أنه قبضه أوائل المنافع كأنه قبضه للمنافع كلها.

وهذا قول أشهب، وهو مشهور وإن بني على ضعيف.

ويقابله قول ابن القاسم: لا بد من تعجيل جميع الأجرة ولو شرع المستأجر في استيفاء المنفعة؛ لأن قبضه الأوائل ليس قبضاً للأواخر، وقد استثنيت من هذه المسألة صورة، وهي ما إذا وقع كراء الدابة مثلاً على سفر بعيدٍ لحج أو غيره، فإنه لا يجب على المستأجر تعجيل جميع الأجرة، بل يكفي تعجيل السيير منها كالدينار والدينارين للضرورة؛ لأن تعجيلها قد يؤدي إلى ضياع مال المستأجر إذ قد يهرب المؤجر بالأجرة.

ولا يفوتنك أن هذا مفروض فيما لو تأخر المستأجر عن الشروع في السفر أكثر من ثلاثة أيام، فإن شرع في السفر قبل انتهاء ثلاثة أيام ـ جاز تعجيل الأجرة وتأجيلها كما تقدم.

وخرج بهذه المسائل الأربع ما إذا فقدت بأن لم تكن الأجرة معينة، ولم يشترط تعجيلها، ولم تجر عادة به، وكانت المنافع معينة شرع فيها أم لا، أو مضمونة وشرع فيها، فلا يجب تعجيل الأجرة وإذا لم يجب تعجيلها، ففي الصانع تستحق الأجرة بتمام العمل، ومثله الأجير في غير بيع السلع، وأما منفعة الدار أو الأرض أو نحوهما، أو عمل الأجير في بيع السلع فكلما حصل ما ينتفع به المستأجر وجب عليه دفع أجرته.

هذا كله إذا تنازعا، ولم يكن هناك شرط ولا عرف، فإن كان هناك شرط أو عرف قضى به وإن تراضيا على تعجيل أو تأجيل جاز. ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

والأصل في شرط العلم بالأجرة[١] قول النبي ﷺ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»[٢]

---

(١) أن تكون الأجرة معلومة ذاتاً، إما برؤية، أو وصف، وأجلاً إن كانت مؤجلة لما رواه الإمام أحمد عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره. . . .» الحديث. ولأن في جعل المجهول أجرة غرراً يؤدي إلى التنازع، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، والإجارة في معنى البيع فلا تجوز مع الغرر، ولأن التراضي الذي شرطه الشارع في المعاوضات لا يمكن أن يتوجه حقيقة إلى المجهول، ويحترز بهذا الشرط عن أمرين:
الأول: الأجرة المجهولة الذات إما لعدم رؤيتها، وإما لجهالة صفتها ولها أمثلة:
منها: ما لو قال: أكريتك الدار شهراً بعبدٍ أو بثوب، أو بما يقوله فلان، أو بإروب قمح أو بقنطار قطن من غير تعرض للصفات التي تتفاوت فيها الأغراض، فالأجرة في هذه الأمثلة مجهولة الذات لعدم مشاهدتها، ولعدم وصفها بالصفات التي يؤدي الجهل بها إلى التنازع.
ومنها ما لو جعل جلد الشاة أجرة لسالِخُها؛ لأنه لا يستحق إلا بعد السلخ، ولا يدري أيخرج سليماً أم مقطعاً، وما لو جعلت نخالة القمح أجرة لطاحنه للجهل بقدرها، وما لو جعل ربع الثوب مثلاً أجرة لناسجه، وربع الجلد مثلاً أجرة لدابغه للجهل بالصفة التي يخرج عليها كل من الثوب والجلد.
ومنها: ما لو قال صاحب الزرع الآخر: إحصده وادرسه ولك ثلثه مثلاً، وكذا لو قال: إدرسه. ولك ثلثه للجهل بقدر الخارج، ويستقبح ذلك الجهل بقدر الأجرة، وأما لو قال: احصده ولك ثلثه ـ فالإجارة صحيحة؛ لأن ما يراد حصده معلوم للأجير بالمشاهدة، فيكون جزؤه المجعول أجرة كالثلث معلوماً.
الثاني: الأجرة المجهولة الأجل إذا كانت مما يجوز تأجيله على ما تقدم مثالها ما لو قال: أكريتك هذه الدار سنة بدينار على أن أدفعه لك بعد مدة أو حين يقدم زيد ولم يعرف متى يقدم فلا يجوز. أما الأجرة الحالة فإنه لا يجب النص على حلولها، بل يكفي الإطلاق إلا إذا كانت معينة، ولم يجر عرف بحلولها فإنه يجب النص على الحلول. ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٢٣٥) رقم (١٥٠٢٣) أخبرنا معمر والثوري عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري أو أحدهما أن النبي ﷺ قال: من استأجر أجيراً فليسم له إجارته.
قال عبد الرزاق، قلت للثوري: أسمعت حماداً يحدث عن إبراهيم عن أبي سعيد أن النبي ﷺ قال: من استأجر أجيراً فليسم له إجارته قال: نعم وحدث به مرة أخرى فلم يبلغ به النبي ﷺ.
ومن هذا الطريق أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده كما في «نصب الراية» (٤/ ١٣١).
وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٣١ ـ ١٣٢).
ورواه محمد بن الحسن في «كتاب الآثار» أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سلمان عن إبراهيم النخَعي عن أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، انتهى. وعن عبد الرزاق رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده»، قال: أخبرنا عبد الرزاق ثنا معمر عن حماد عن إبراهيم عن الخدري عن رسول الله ﷺ، قال: «من استأجر أجيراً فليبين له أجرته»، انتهى. أخبرنا النضر بن شميل ثنا حماد بن سلمة عن حماد عن إبراهيم عن الخدري أن النبي ﷺ نهى أن يستأجر الرجل حتى يبين له أجره، انتهى. وبهذا اللفظ الأخير رواه أحمد في «مسنده»، وأبو داود في «مراسيله»، ومن جهة أبي داود ذكره عبد الحق في «أحكامه»، قال: وإبراهيم لم يدرك أبا سعيد، انتهى. وسند أبي داود حدثنا موسى بن إسماعيل عن حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان، ورواه النسائي في «المزارعة» موقوفاً على أبي سعيد الخدري: إذا استأجرت أجيراً فأعلمه أجره، ولم يذكره ابن عساكر في «أطرافه»؛ ورواه =

والعلم بالأجرة لا يحصل إلا بالإشارة والتعيين أو بالبيان، وجملة الكلام فيه أن الأجر لا يخلو إما إن كان شيئاً بعينه، وإما إن كان بغير عينه، فإن كان بعينه فإنه يصير معلوماً بالإشارة، ولا يحتاج فيه إلى ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر، سواءً كان مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين كالدراهم والدنانير، ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر على أصل أصحابنا؛ لأن المشار إليه إذا كان مما له حمل ومؤنة يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة، وإن كان بغير عينه، فإن كان مما يثبت ديناً في الذمة في المعاوضات المطلقة؛ كالدراهم، والدنانير، والمكيلات، والموزونات، والمعدودات المتقاربة، والثياب. لا يصير معلوماً إلاَّ ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر إلا أن في الدراهم والدنانير إذا لم يَكُنْ في البلد إلا نقد واحد لا يحتاج فيها إلى ذكر النوع والوزن، ويكتفي بذكر الجنس وَيَقَعُ على نقد البلد ووزن البلد، وإن كان في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب، وإن كان فيه نقود غالبة لا بد من البيان، فإن لم يبين فسد العقد، ولا بد من بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للإيفاء، وقد ذكرنا المسئلة في «كتاب البيوع».

وهل يشترط الأجل ففي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط؛ لأن هذه الأشياء كما تثبت ديناً في الذمة مؤجلاً بطريق السلم تثبت ديناً في الذمة مطلقاً لا بطريق السلم، بل بطريق القرض، فكان لثبوتها أجلان، فإن ذكر الأجل جاز وثبت الأجل كالسلم، وإن / لم يذكر جاز كالقرض. ٢/٢٢٩ ب

وأما في الثياب فلا بد من الأجل، لأنها لا تثبت ديناً في الذمة إلاَّ مؤجلاً، فكان لثبوتها أجل واحد وهو السلم، فلا بد فيها من الأجل كالسلم، وإن كان مما لا يثبت ديناً في الذمة في عقود المعاوضات المطلقات كالحيوان، فإنه لا يصير معلوماً بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر.

ألا ترى أنه لا يصلح ثمناً في البياعات، فلا يصلح أجرة في الإجارات، وحكم التصرف في الأجرة قبل القبض إذا وجبت في الذمة حكم التصرف في الثمن قبل القبض إذا كان ديناً، وقد بينا ذلك في «كتاب البيوع».

= ابن أبي شيبة في «مصنفه» موقوفاً على أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، فقال: حدثنا وكيع عن سفيان عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة، وأبي سعيد، قالا: من استأجر أجيراً فليعلمه أجره، انتهى. ذكره في «البيوع» قال ابن أبي حاتم في «كتاب العلل»: سألت أبا زرعة عن حديث رواه حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه نهى أن يستأجر حتى يعلم أجره، ورواه الثوري عن حماد عن إبراهيم عن أبي سعيد موقوفاً، فقال أبو زرعة: الصحيح موقوف، فإن الثوري أحفظ. انتهى كلامه.

وإذا لم يجب بأن لم يشترط فيها التعجيل، فحكم التصرف فيها نذكره في بيان حكم الإجارة، إن شاء الله عزَّ وجلَّ.

وما كان منها عيناً مشاراً إليها، فحكمه حكم الثمن إذا كان عيناً حتى لو كان منقولاً لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وإن كان عقاراً فعلى الاختلاف المعروف في «كتاب البيوع» أنه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز، وهي من مسائل البيوع.

ولو استأجر عبداً بأجر معلوم وبطعامه، أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها، لم يجز لأن الطعام أو العلف يصير أجرة وهو مجهول، فكانت الأجرة مجهولة، والقياس في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها أنه لا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد، لجهالة الأجرة وهي الطعام والكسوة إلاَّ أَنْ أبا حنيفة استحسن الجواز بالنص وهو قوله ـ عزَّ وجلَّ ـ ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] من غير فصل بين ما إذا كانت الوالدة منكوحة أو مطلقة، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] ، أي: الرزق والكسوة، وذلك يكون بعد موت المولود [له][1] وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] نفى الله ـ سبحانه وتعالى ـ الجنح عن الاسترضاع مطلقاً.

وقولهما: الأجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة، وجهالة الأجرة في هذا الباب لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة جرت بالمسامحة مع الأظآر والتوسيع عليهن؛ شفقة على الأولاد، فأشبهت جهلة القفيز من الصبرة.

ولو استأجر داراً بأجرة معلومة وشرط الآجر تطيين الدار ومرمتها، أو تعليق باب عليها، أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر، فالإجارة فاسدة؛ لأن المشروط يصير أجرة، وهو مجهول، فتصير الأجرة مجهولة.

وكذا إذا آجر أرضاً وشرط كري نهرها، أو حفر بئرها، أو ضرب مسقاة عليها، لأن ذلك كله على المؤاجر؛ فإذا شرط على المستأجر، فقد جعله أجرة، وهو مجهول، فصارت الأجرة مجهولة.

ومنها: [ألا تكون الأجرة][2] منفعة هي من جنس المعقود عليه؛ كإجارة السكنى بالسكنى، والخدمة بالخدمة، والركوب بالركوب، والزراعة بالزراعة؛ حتى لا يجوز شيء من

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: تكون الأجرة مجهولة.

ذلك عندنا، وعند الشافعي [هذا][١] ليس بشرط، وتجوز هذه الإجارة وإن كانت الأُجرة من خلاف الجنس جاز؛ كإجارة السكنى بالخدمة والخدمة بالركوب ونحو ذلك.

والكلام فيه فرع في كيفية انعقاد هذا العقد، فعندنا ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة، فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة، بل هي معدومة وقت العقد، فيتأخر قبض أحد المستأجرين، فيتحقق ربا النساء والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا؛ كإسلام الهروي في الهروي، وإلى هذا أشار محمد فيما حكى أن ابن سماعة كتب يسأله عن هذه المسألة أنه كتب إليه في الجواب: أنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الجبائي فكانت منك زلة، أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروي بالهروي؛ بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة؛ لأن الربا لا يتحقق في جنسين.

وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد؛ كأنها أعيان قائمة، فلا يتحقق معنى النسبة، ولو تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النساء عنده وتعليل من علل في هذه المسألة أن هذا في معنى بيع الدين بالدين، لأن المنفعتين معدومتان وقت العقد، فكان بيع الكالىء بالكالىء غير سديدٍ؛ لأَن الدين اسم لموجود في الذمة أخر بالأجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد؛ فأما ما لا وجود له وتأخر وجوده إلى وقت، فلا يسمى ديناً.

وحقيقة الفقه في المسألة ما ذكره [إمام الهدى][٢] الشيخ أبو منصور الماتريدي هي أن الإجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس، ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس، فبقي على أصل القياس، والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس، فيجوز، ويستوي / في ذلك العبد والأَمة ٢/ ٢٣٠ب حتى لو استأجر عبداً يخدمه شهراً بخدمة أمة، كان فاسداً لاتحاد جنس المنفعة، ثم في إجارة الخدمة بالخدمة إذا خدم أحدهما ولم يخدم الآخر، روي عن أبي يوسف أنه لا أجرة عليه.

وذكر الكرخي وقال: الظاهر أن له أجر المثل.

وجه رواية أبي يوسف: أنه لما قابل المنفعة بجنسها، ولم تصح هذه المقابلة، فقد جعل بإزاء المنفعة ما لا قيمة له، فكان راضياً ببذل المنفعة بلا بدلٍ.

وجه ما ذكره الكرخي، أنه استوفى المنافع بعقد فاسد، والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد، لما نذكر تحقيقه أنها تقوم بالعقد الفاسد الذي لم يذكر فيه بدل رأساً؛ بأن استأجر شيئاً ولم يسم عوضاً أصلاً، فإذا سمى العوض وهو المنفعة أولى.

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

وقالوا في عبد مشترك تهايأ الشريكان فيه فخدم أحدهما يوماً ولم يخدم الآخر؛ أنه لا أجر له؛ لأن هذا ليس بمبادلة بل هو إفراز، ويجوز استئجار العبدين لعملين مختلفين كالخياطة والصياغة؛ لأن الجنس قد اختلف.

وذكر الكرخي في الجامع: إذا كان عبد بين اثنين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه يخيط معه شهراً على أن يصوغ نصيبه معه في الشهر الداخل؛ أن هذا لا يجوز في العبد الواحد، وإن اختلف العمل، وإنما يجوز في العملين المختلفين إذا كانا في عبدين؛ لأن هذه مهايأة منهما فعلا ما يستحق عليهما من غير إجارة والمهايأة من شرط جوازها أن تقع على المنافع المطلقة، فأما أن يعين أحد الشريكين على الآخر المنفعة فلا يجوز، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الذي يرجع إلى ركن العقد، فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، حتى لو أجره داره على أن يسكنها شهراً ثم يسلمها إلى المستأجر، أو أرضاً على أن يزرعها ثم يسلمها إلى المستأجر، أو دابة على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه شهراً، ثم يسلمه إلى المستأجر ـ فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وأنه شرط لا يلائم العقد، وزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون ربا، أو فيها شبهة الربا، وكل ذلك مفسد للعقد.

وعلى هذا يخرج أيضاً شرط تطيين الدار، وإصلاح ميزابها وما وهي منها، وإصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكري الأنهار، وفي إجارة الأرض وطعام العبد وعلف الدابة في إجارة العبد والدابة ونحو ذلك؛ لأن ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد، ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد العاقدين.

وذكر في الأصل [أنه][1] إذا استأجر داراً مدةً معلومةً بأجرةٍ مسمَّاةٍ على أن لا يسكنها، فالإجارة فاسدة، ولا أجرة على المستأجر إذا لم يسكنها، وإن سكنها فعليه أجر مثلها لا ينقص مما سمى، أما فساد العقد فظاهر؛ لأن شرطه أن لا يسكن [شرط][2] نفي موجب العقد، وهو الانتفاع بالمعقود عليه، وأنه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائم العقد، فكان شرطاً فاسداً.

وأما عدم وجوب الأجر رأساً إن لم يسكن ووجوب أجر المثل إن سكن ـ فظاهرٌ أيضاً؛ لأن أجر المثل في الإجارات الفاسدة إنما يجب باستيفاء المعقود عليه، لا بنفس التسليم وهو التخلية كما في النكاح الفاسد؛ لأن التخلية هي التمكين، ولا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعاً، فأشبه المنع الحسي من العباد وهو الغصب؛ بخلاف الإجارة الصحيحة؛

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

لأنه لا منع هناك فتحقق التسليم، فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه في المنفعة، فلا يسقط حق الآجر في الأُجرة، وإذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد، وأنه يوجب أجر المثل.

وأما قوله: لا ينتقص من المسمى ففيه إشكالٌ؛ لأنه قد صح من مذهب أصحابنا الثلاثة أن الواجب في الإِجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الأقل من المسمى ومن أجر المثل إذا كان الأجر مسمى، وقد قال في هذه المسألة أنه لا ينقص من المسمى، من المشايخ من قال: المسألة مؤولة تأويلها أنه لا ينقص من المسمى إذا كان أجر المثل والمسمى واحداً.

ومنهم من أَجرى الرِّواية على الظاهر، فقال: إن العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع؛ حيث شرط المستأجر أن لا يسكن، ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا أنه لا يتحقق مع فساد العقد؛ فإذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل، فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ؛ كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلاً إلا أنه قال: لا ينقص من المسمى؛ لأن المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع، فعند الانتفاع / أولى. ٢/ ٢٣٠ ب

ولو آجره داره، أو أرضه، أو عبده، أو دابته وشرط تسليم المستأجر ـ جاز، لأن تسليم المستأجر من مقتضيات العقد؛ ألا ترى أنه يثبت بدون الشرط، فكان هذا شرطاً مقرراً مقتضى العقد لا مخالفاً له، فصار كما لو أجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر.

ولو آجر بشرط تعجيل الآجرة، أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالأجرة رهناً أو كفيلاً، جاز إذا كان الرهن معلوماً والكفيل حاضراً؛ لأن هذا شرط يلائم العقد، وإن كان لا يقتضيه كما ذكرنا في البيوع فيجوز كما في بيع العين.

وأما شرط اللزوم فنوعان: نوعٌ هو شرط انعقاد العقد لازماً من الأصل، ونوع هو شرط بقائه على اللزوم.

أما الأول فأنواع: منها: أن يكون العقد صحيحاً، لأن العقد الفاسد غير لازم، بل هو مستحق النقض والفسخ؛ رفعاً للفاسد؛ حقًّا للشرع فضلاً عن الجواز.

ومنها: ألا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد أو وقت القبض يخلُّ بالانتفاع به، فإن كان لم يلزم العقد، حتى قالوا في العبد المستأجر للخدمة إذا ظهر أنه سارق، له أن يفسخ الإِجارة، لأن السلامة مشروطة دلالةً، فتكون كالمشروط نصًّا كما في بيع العين.

ومنها: أن يكون المستأجر مرئي المستأجر حتى لو استأجر داراً لم يرها ثم رآها فلم يرض بها أنه يردها؛ لأن الإِجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما في بيع العين، فإن رضي بها بطل خياره كما في بيع العين.

وأما الثاني فنوعان: أحدُهما سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به، فإن حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازماً حتى لو استأجر عبداً يخدمه أو دابة يركبها أو داراً يسكنها، فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار، فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإِجارة، وإن شاء فسخ؛ بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض أنه ليس للمشتري أن يردَّهُ؛ لأن الإِجارة بيع المنفعة، والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقود [عليه][1] مبتدأ، فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث بعد العقد قبل القبض، وهذا يوجب الخيار في بيع العين؛ كذا في الإِجارة، فلا فرق بينهما من حيث المعنى، وإذا ثبت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ ومضى على ذلك إلى تمام المدة، فعليه كمال الأجرة؛ لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل؛ كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب فرضي به، وإن زال العيب قبل أن يفسخ؛ بأن صح العبد وزال العرج عن الدابة وبنى المؤاجر ما سقط من الدار ـ بطل خيار المستأجر؛ لأن الموجب للخيار قد زال والعقد قائم، فيزول الخيار.

هذا إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر، فإن كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازماً ولا خيار للمستأجر، كالعبد المستأجر إذا ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعره أو سقط مِنَ الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها، لأن العقد ورد على المنفعة لا على العين، إذا الإِجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولا نقصان في المنفعة، بل في العين، والعين غير معقود عليها في باب الإِجارة، وتغير عين المعقود عليه لا يوجب الخيار؛ بخلاف ما إذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع، لأنه إذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع إلى المعقود عليه، فأوجب الخيار، فله أن يفسخ، ثم إنما يلي الفسخ إذا كان المؤاجر حاضراً، فإذا كان غائباً فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ، فليس للمستأجر أن يفسخ؛ لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما.

وقال هشام عن محمد في رجل استأجر أرضاً سنةً يزرعها شيئاً ذَكَرَهُ، فزرعها فأصاب الزرع آفةٌ مِنْ بردٍ أو غيره، فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع، فلا يقدر أن يزرع ـ قال: إن أراد أن يزرع شيئاً غيره مما ضره على الأرض أقل من ضرره أو مثل ضرره، فله ذلك وإلاَّ فسختُ عليه الإِجارة وألزمته أجر ما مضى؛ لأنه إذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الإِجارة إِضراراً به، قال: وإذا نقص الماء عن الرحى حتى صار يطحن أقل من نصف طحنة، فذلك عيب لأنه لا يقدر على استيفاء العقد إلا بضرر، وهو نقصان الانتفاع.

---

(١) سقط في ط.

ولو انْهَدَمَتِ الدَّارُ كلها أَوْ انقطع الماء عن الرحى، أو انقطع الشرب عن الأرض، فقد اختلفت إشارة الروايات فيه: ذكر في بعضها ما يدل على أن العقد ينفسخ فإنه ذكر في إجارة الأصل إذا سقطت / الدار كلها فله أن يخرج، كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً، فهذا دليل الانفساخ؛ حيث جوز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر، ولو لم تنفسخ توقف جواز الفسخ على حضوره، والوجه فيه أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط، إذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك، فقد هلك المعقود عليه فينفسخ العقد، وذكر في بعضها ما يدل على أن العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ، فإنه ذكر في كتاب الصلح إذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح. ٢/ ٢٣١ أ

وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتاً وقبضه ثم انهدم فبناه الآخر[1]، فقال المستأجر بعد ما بناه: لا حاجة لي فيه، قال محمد: ليس للمستأجر ذلك؛ وكذلك لو قال المستأجر: آخذه، وأبى الآخر، ليس للآجر ذلك، وهذا يجري مجرى النص على أن الإجارة لم تنفسخ، ووجهه أن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعاً بها منفعة السكنى في الجملة؛ بأن يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأساً، فلا ينفسخ؛ على أنه إن فات كله لكن فات على وجه يتصور عوده، وهذا يكفي لبقاء العقد؛ كمن اشترى عبداً فأبق قبل القبض.

والأصل فيه: أن العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفائدة؛ لأن الثابت بيقين لا يزول بالشك، كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.

وذكر القدوري، وقال: الصحيح أن العقد ينفسخ؛ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت، وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة، فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد، وقال فيما ذكره محمدٌ في البيت إذَا بناه المؤاجر: أنه لما بناه تبين أن العقد لم ينفسخ حقيقةً، وإن حكم بفسخه ظاهراً فيجبر على التسليم والقبض، وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف في الحقيقة؛ كمن اشترى شاة فماتت في يد البائع فدبغ جلدها؛ أنه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهراً بموت الشاة؛ كذا ههنا، وإذا بقي العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم أن العقد لم ينفسخ حقيقة، فيجب العمل بالظاهر.

وذكر محمد في السفينة إذا انقضت وصارت ألواحاً ثم بناها المؤاجر؛ أنه لا يجبر على تسليمها إلى المستأجر فقد فرق بين السفينة وبين البيت.

---

(١)في ط: الآجر.

ووجه الفرق: أن العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة؛ لأن الأصل فيها الصناعة وهي التركيب، والألواح تابعة للصناعة، بدليل أن من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها، فكان تركيب الألواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى، فلم يجبر على تسليمها إلى المستأجر بخلاف الدار، لأن عرضة الدار ليست بتابعة للبناء، بل العرضة فيها أصل، فإذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها، فيجبر على التسليم.

وقال محمد فيمن استأجر رَحىً ماء سنةً، فانقطع الماء بعد ستة أشهر، فأمسك الرحى حتى مضت المدة، فعليه أجر للستة أشهر الماضية، ولا شيء عليه لما بقي؛ لأن منفعة الرحى قد بطلت فانفسخ العقد، قال: فإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته، لأنه بقي شيء من المعقود عليه له حصة في العقد، فإذا استوفى لزمه حصته، فإن سلم المؤاجر الدار إلا بيتاً منها ثم منعه رب الدار أو غيره بعد ذلك من البيت، فلا أجر على المستأجر في البيت؛ لأنه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض، فلا يكون عليه حصة ما لم يستوف، وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت، وأن يفسخ الإجارة إذا حدث ذلك بعد قبضه؛ لأن الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار.

ولو استأجر داراً أشهراً مسماة فلم تسلم إليه الدار حتى مضى بعض المدة، ثم أراد أن يتسلم الدار فيما بقي من المدة، فله ذلك، وليس للمؤاجر أن يأبى ذلك، وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه إياها، ثم أراد أن يسلمها، فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع؛ لأن الخيار إنما يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة، والصفقة ههنا حينما وقعت وقعت متفرقةً؛ لأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقداً مبتدأ، فكان أول جزء من المنفعة مملوكاً بعقد، والثاني مملوكاً بعقد آخر، وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحدهما لا يؤثر في الآخر؛ فإن استأجر دارين فسقطت إحداهما أو منعه مانع / من إحداهما أو حَدَثَ في إحداهما عَيبٌ، فله أن يتركهما جميعاً؛ لأن العقد وقع عليهما صفقة واحدة، قد تفرقت عليه، فيثبت له الخيار، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

٢/ ٢٣١ ب

والثاني: عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر؛ فإن حدث بأحدهما أو بالمستأجر عذرٌ، لا يبقى العقد لازماً، وله أن يفسخ، وهذا عند أصحابنا، وعند الشافعي هذا ليس بشرط لبقاء[1] العقد لازماً.

ولقب المسألة أن الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا؛ خلافاً له.

وجه قوله إن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لازماً كالنوع الآخر، وهو بيع الأعيان، والجامع بينهما أن العقد انعقد باتفاقهما، فلا ينفسخ إلا باتفاقهما.

---

(١) في ط: بقاء.

ولَنا: أَنَّ الحاجة تَدْعُو إلى الفسخ عند العذر[١]؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد؛ لما نذكره في تفصيل الأعذار الموجبة للفسخ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر، وله ولاية ذلك، وقد خرج الجواب عن قوله أن هذا بيع؛ لأنَّا نقول نعم، لكنه عجز عن المضي في موجبه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد، فكان محتملاً للفسخ في هذه الحالة؛ كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع، وكما لو حدث عيب بالمستأجر. وكذا عن قوله: العقد انعقد باتفاقهما، فلا ينفسخ إلا باتفاقهما، أن هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد، وقد عجز ههنا، فلا يشترط التراضي على الفسخ؛ كما في بيع العين، وحدوث العيب بالمستأجر ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأَنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعه[٢] فسكن الوجع، يجبر على القلع، ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع، ثم برأت يده، يجبر على القطع، وهذا قبيحٌ عقلاً وشرعاً.

وإذا ثبت أن الإجارة تفسخ بالأَعذار، فلا بد من بيان الأَعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول؛ وبالله التوفيق: أن العذر قد يكون في جانب المستأجر، وقد يكون في جانب المؤاجر، وقد يكون في جانب المستأجر.

أما الذي في جانب المستأجر فنحو: أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة، لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت، فكان في إبقاء العقد من غير استفياء المنفعة إضرار به ضرراً لم يلتزمه العقد، فلا يجبر على عمله، وإذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضاً؛ لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة، والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأَول ورغبته عنه، فإن منعناه عن الانتقال أضررنا به، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأَجرة من غير استيفاء المنفعة، وفيه ضرر به، ولو أراد أن ينتقل من حانوت إلى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني لما أن الثاني أرخص وأوسع عليه، لم يكن ذلك عذراً؛ لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من الأَول من غير ضرر، وإنما بطلت زيادة المنفعة وقد رضي بالقدر الموجود منها في الأَول.

وعلى هذا إذا استأجر رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو

(١) في أ: العقد.

(٢) في ط: ليقلعها.

بدنه، ثم بدا له أن يفسخ الإجارة بأن استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليقطعها أو يخيطها، أو يهدم داراً له، أو يقطع شجراً له، أو ليقلع ضرسه، أو ليحجم، أو ليفصد، أو ليزرع أرضاً، أو يحدث في ملكه شيئاً من بناءٍ أو تجارةٍ أو حفر، ثم بدا له أن لا يفعل ـ، فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك؛ لأن القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع وفيه ضرر، وهدم الدار وقطع الشجر إتلاف المال، والزراع إتلاف البذر، وفي البناء إتلاف الآلة، وقلع الضرس والحجامة والفصد إتلاف جزء من البدن، وفيه ضرر به إلا أنه استأجره لها لمصلحة تأملها تربو على المضرة، فإذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضرراً في نفسه، فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ، إذ الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه.

وكذلك لو استأجر إبلاً إلى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج، فله ذلك ولا يجبر على السفر؛ لأنه لما بدا له علم أن السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر، وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر، فله ذلك لما قلنا.

وقد قالوا أن الجمال إذا قال للحاكم أن هذا / لا يريد أن يترك السفر، وإنما يريد أن يفسخ الإجارة، قال له الحاكم: انتظره، فإن خرج ثم قفل الجمال معه، فإذا فعلت ذلك فلك الأجر. ١/ ٢٣٢ أ

فإن قال صاحب الدار للحاكم إن هذا لا يريد سفراً وإنما يقول ذلك ليفسخ الإجارة، استحلفه الحاكم بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ أنه يريد السفر الذي عزم عليه؛ لأنه يدعي سبب الفسخ، وهو إرادة السفر ولا يمكنه إقامة البينة عليه، فلا يقبل وله إلا مع يمينه.

وقالوا: لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع، فال صاحب الدار: إنما أظهر الخروج لفسخ الإجارة، وقد عاد، استحلفه الحاكم بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ لقد خرج قاصداً إلى الموضع الذي ذكر؛ لأن المؤاجر يدعي أن الفسخ وقع بغير عذر، وهو عزم السفر إلى موضع معلوم، ولا يمكنه إقامة البينة عليه؛ لأن عزم المستأجر لا يعلم إلا من جهته، فكان القول قوله مع يمينه.

وأما الجمال إذا بدا له من الخروج، فليس له أن يفسخ الإجارة؛ لأن خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد، فإن له أن يبعث غيره مع الجمال، فلا يكون قعوده عذراً، بخلاف خروج المستأجر، لأن غرضه يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذراً.

ولو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً، فحفر بعضها فوجدها صلبة، أو خرج حجراً، أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف، كان عذراً؛ لأنه يعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه.

وقال هشام عن أبي يوسف في امرأة ولدت يومَ النحر قبلَ أَنْ تطوف فأبى الجمال أن

يقيم قال: هذا عذر؛ لأنه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا سبيل إِلى إِلزام الجمال للإقامة مدة النفاس؛ لأنه يتضرر به إِذ هي مدة ما جرت العادة بإقامة القافلة قدرها، فيجعل عذراً في فسخ الإِجارة، وإن كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل أجبرَ الجمال على المقام معها؛ لأن هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج.

وأما الذي هو في جانب المؤاجر، فنحو أن يلحقه دينٌ فادحٌ لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك؛ إذا كان الدين ثبت قبل عقد الإِجارة بالبينة أو بالإِقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الإِجارة، ولو ثبت بعد عقد الإِجارة بالإِقرار، فكذلك عند أبي حنيفة، وأما عندهما فالدين الثابت بالإِقرار بعد عقد الإِجارة لا تفسخ به الإِجارة، لأنه متهم في هذا الإِقرار.

ولأبي حنيفة: أن الظاهر أن الإِنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذباً، وهذا العذر من جانب المؤاجر بناءً على أن بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا من غير إجازة المستأجر، خلافاً للشافعي على ما نذكره، وإذا لم يجز البيع مع [قيام][1] عقد الإِجارة جعل الدين عذراً في فسخ[2] الإِجارة، لأن إبقاء الإِجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤاجر؛ لأنه يحبس به، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد.

فإن قيل: كيف يحبسه القاضي وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر، لتعلق حق المستأجر به، فينبغي أن لا يحبسه القاضي؟

فالجواب: أن القاضي لا يصدقه أنه لا مال له سوى المؤاجر، فيحبسه إِلى أن يظهر حاله، وفي الحبس[3] ضرر على أنه إِن لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستأجر إنما تعلق بالمنفعة لا بالعين، وقضاء الدين يكون من بدل العين وهو الثمن، فيحبس حتى يبيع.

وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإِجارة ويرده بالعيب على بائعه، وإن رضي المستأجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإِجارة؛ لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام المبيع المعيب، ولو أراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد أجر عقاراً له، فليس ذلك بعذر؛ لأن استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: حق.
(٣) في أ: الجبر.

قال أبو يوسف: إن مرض المؤاجر أو أصاب إبله داءٌ، فله أن يفسخ إذا كانت بعينها، أما إذا أصاب الإبل داء؛ فلأن استعمال الدابة مع ما بها من الداء إجحاف بها، وفيه ضرر بصاحبها، والضرر لا يستحق بالعقد، فيثبت له حق الفسخ؛ وكذا المستأجر لأن المنافع تنقص بمرض الإبل، فصار ذلك عيباً فيها.

وأما [إذا][1] مرض الجمال، فظاهر رواية الأصل يقتضي أن لا يكون عذراً؛ لأن أثر المرض في المنع من الخروج، وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد.

وأما وجه رواية أبي يوسف: وهو الفرق بين مرض الجمال وبين قعوده؛ أن الجمال يقوم على جماله بنفسه؛ فإذا مرض لا يقوم غيره مقامه إلا بضرر، وليس / كذلك إذا بدا له من الخروج؛ لأنه يقدر على الخروج؛ فإذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم غيره مقامه.

٢٣٢/ب

ولو أجر صانع من الصناع، أو عامل من العمال نفسه لعمل، أو صناعة. ثم قال: بدا لي أن أترك هذا العمل وأنتقل منه إلى غيره، قال محمد: إذن كان ذلك من عمله بأن كان حجاماً فقال: قد أنفت من عملي وأريد تركه، لم يكن له ذلك، ويقال: أوفِ العملَ ثم انتقل إلى ما شئت من العمل؛ لأن العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه، لأنه من أهل تلك الحرفة، فهو بقوله: أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه في الحال ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل، وإن كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعته، بل أسلم نفسه فيها؛ وذلك مما يعاب به، أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئراً وهي ممن تعاب بذلك، فلأهلها أن يخرجوها.

وكذلك إن أبت هي أن ترضعه؛ لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها يلحقه العار؛ فإذا أراد الترك فهو لا يقدر على إيفاء المنافع إلا بضرر؛ وكذلك الظئر إذا لم تكن ممن يرضع مثلها، فلأهلها الفسخ لأنهم يعيرون بذلك، وفي المَثَلِ السائرِ: تجوعُ الحُرَّةُ وَلاَ تأكلُ بثدييها؛ فإن لم يمكن إيفاء العقد إلا بضرر، فلا يقدر على تسليم المنفعة إلا بضرر؛ بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفء؛ أنه لا يثبت لها حق الفسخ ويثبت للأولياء؛ لأن النكاح لا يفسخ بالعذر، فقد لزمها العقد، والإجارة تنفسخ بالعذر، وإن وقعت لازمة.

ولو انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤاجر، فأراد أن ينقض الإجارة ويسكنها، ليس له ذلك؛ لأنه يمكنه أن يستأجر منزلاً آخر أو يشتري، فلا ضرورة إلى فسخ الإجارة؛ وكذا إذا أراد التحول من [هذا][2] المصر؛ لأنه يمكنه أن يترك المنزل في الإجارة، ويخرج بخلاف المستأجر إذا أراد أن يخرج لما ذكرنا.

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

ولو اشترى المستأجر منزلاً، فأراد التحول إليه، لم يكن ذلك عذراً؛ لأنه يمكنه أن يؤاجر دار نفسه، فشراؤه داراً أخرى أو وجود دار أخرى لا يوجب عذراً في الدار المستأجرة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الذي هو في جانب المستأجر، فمنها: عتق العبد المستأجر فإنه عذر في فسخ الإجارة، حتى لو أجر رجل عبده سنة، فلما مضت ستة أشهر أعتقه، فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ.

أما العتق، فلا شك في نفاذه لصدور الإعتاق من الأهل في المحل المملوك المرقوق والعارض، وهو حق المستأجر لا يؤثر إلا في المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على إمكان التسليم، بدليل أن إعتاق الآبق نافذٌ.

وأما الخيار؛ فلأن العقد على المنافع ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها، فيصير بعد الحرية كأنه عقد عليه ابتداء، فكان له خيار الإجارة والفسخ، فإن فسخ بطل العقد فيما بقي، وسقط عن المستأجر الأجر فيما بقي، وكان أجر ما مضى للمولى؛ لأنها بدل منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده، وإن أجاز ومضى على الإجارة، فالأجرة فيما يستقبل إلى تمام السنة تكون للعبد؛ لأنها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية، فكانت له؛ كما لو أجر نفسه من إنسان بغير إذن مولاه، فأعتقه المولى في المدة، فلا خيار له؛ بخلاف العبد المأذون إذا أجر نفسه بعد الحرية، فإن اختار الإجارة لم يكن له أن ينقضها بعد ذلك؛ لأنه باختيار الإجارة أبطل حق الفسخ، فلا يحتمل العود وقبض الأجرة كلها للمولى، وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى، لأن العاقد هو المولى، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، هذا إن لم يكن المستأجر عجل الأجرة، ولا شرط المولى عليه التعجيل، فإن كان عجل أو شرط عليه التعجيل فأعتق العبد واختار المضي على الإجارة، فالأجرة كلها للمولى؛ لأنها ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل.

وإن اختارَ الفسخ يرد النصف إلى المستأجر؛ لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له إلا منفعة نصف المدة، وسواء كان المولى أجره بنفسه أو أذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة، فأجر ثم أعتقه المولى في نصف المدة؛ لأن عقده بإذن المولى كعقد المولى بنفسه، إلا إن قبض الأجرة ثم أعتقه المولى في المدة؛ لأن إجارة المحجور وقعت فاسدة، وخيار الإمضاء في العقد الفاسد لا يثبت شرعاً، فبطل العقد بنفس الإعتاق؛ بخلاف المأذون.

ومنها: بلوغ الصبي المستأجر آجره أبوه، أو وصي أبيه، أو جده، أو وصي جده، أو القاضي، أو أمينه ـ فبلغ في المدة، فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي؛ لما بينا فيما تقدم، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه، فكان عذراً.

ولو أجر واحد من هؤلاء شيئاً من ماله، فبلغ قبل تمام المدة، لا خيار له، والفرق بين إجارة النفس والمال فذكرناه[١] في «كتاب البيوع»؛ أن إجارة ماله تصرف نظر في حقه، فلا يملك إبطاله بالبلوغ، فأما إجارة النفس فهو في وضعها إضرار وإنما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب، وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ، فأما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الإجارة، إلا في إجارة الوقف، حتى لو آجر داراً هي ملكه ثم غلا أجر مثل الدار، ليس له أن يفسخ العقد، إلاَّ في الوقف، فإنه يفسخ نظراً للوقف ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة، وفيما مضى يجب المسمى بقدره، وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور.

فأما إذا جاء واحد وزاد في الأُجرة تعنتاً على المستأجر الأَول، فلا يعتبر ذلك، ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ؛ بأن كان في الأَرض زرع لم يستحصد؛ لأن في القلع ضرراً بالمستأجر، فلا تفسخ، بل تترك إلى أن يستحصد الزرع بأجر المثل، فإلى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره / ، وبعد الزيادة إلى أن يستحصد يجب أجر المثل، هذا إذا غلا أجر مثل الوقف، فأما إذا رخص فإن الإجارة لا تفسخ؛ لأن المستأجر رضي بذلك القدر وزيادة؛ ولأن الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف، وفي هذا ضرر، فلا تفسخ.

٢٣٣/١ أ

وأما العذر في استئجار الظئر فنحو ألا يأخذ الصبي من لبنها لأنه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد أو بقي من لبنها؛ لأن الصبي يتضرر به.

أو تحبل الظئر لأن لبن الحامل يضر بالصبي، أو تكون سارقةً لأَنهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور، لأَنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي، أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم؛ لأن في إلزامهم ترك المسافرة إضراراً بهم، وفي إبقاء العقد بعد السفر إضراراً أيضاً.

أو تمرض الظئر؛ لأن الصبي يتضرر بلبن المريضة، والمرأة تتضرر بالإرضاع في [حال][٢] المرض أيضاً، فيثبت حق الفسخ من الجانبين.

فإن كانوا يؤذونها بألسنتهم أمروا أن يكفوا عنها، فإن لم يكفوا، كان لها أن تخرج؛ لأن الأَذية محظورة، فعليهم تركها، فإن لم يتركوها، كان في إبقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد، فكان عذراً، وللزوج أن يخرجها من الرضاع إن لم تكن الإجارة برضاه.

---

(١) في ط: ذكره.
(٢) سقط في ط.

وقيل: هو على التفصيل إن كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ؛ لأنه يعبر بذلك فيتضرر به، وإن كان ممن لا يشينه ذلك، لم يكن له أن يفسخ؛ لأن المملوك له بالنكاح منافع بضعها لا منافع ثديها، فكانت هي بالإجارة متصرفة في حقِّها، وقيل: له الفسخ في الوجهين لأنها إن أرضعت الصبي في بيتهم فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله، وإن أرضعت في بيته، فله أن يمنعها من إدخال الصبي إلى بيته.

ثم إذا اعترض شيءٌ من هذه الأعذار التي وصفناها، فالإجارة تنفسخ بنفسها أو تحتاج إلى الفسخ؟

قَالَ بَعْضُ مَشَايخنا: تنفسخُ بنفسها.

وقَال بعضُهم: لا تنفسخ.

والصُّواب: أنَّه ينظر إلى العذر: إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً؛ بأن كان المضي فيه حراماً، فالإجارة تنتقض بنفسها؛ كما في الإجارة على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت، وعلى قطع اليد المتأكلة إذا برأت ونحو ذلك.

وإن كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد، لا ينفسخ إلا بالفسخ، وهلْ يحتاج فيه إلى فسخ القاضي أو التراضي، ذكر في الأصل، وفي «الجامع الصغير» أنه لا يحتاج إليه، بل للعاقد فسخها.

وذكر في الزيادات: أنها لا تنفسخ إلا بفسخ القاضي أو التراضي، وجه ما ذكر في الزيادات أن هذا خيار ثبت بعد تمام العقد، فأشبه الرد بالعيب بعد القبض، وجه المذكور في «الأصل» و«الجامع الصغير» أن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة، بل شيئاً فشيئاً، فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض، والعيبُ الحادثُ قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ، ولا يقف ذلك على القضاء والرضا؛ كذا هذا.

ومن مشايخنا من فصل في ذلك[1] تفصيلاً، فقال: إن كان العذر ظاهراً، لا حاجة إلى القضاء، وإن كان خفيًا كالدين، يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه، وهذا حسنٌ، وينبغي أن يبيع المستأجر ثم يفسخ الإجارة.

---

(١) في ط: فيه.

فصل في صفة الإجارة

وأما صفةُ الإجارة، فالإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحةً عريَّةً عن خيار الشرط والعيب والرؤية - عند عامة العلماء، فلا تفسخ من غير عذرٍ، وقال شريح: إنها غير لازمة وتفسخ بالأعذار[1]، لأنَها إباحة المنفعة فأشبهت الإعارة. ولنا: أنها تمليك المنفعة بعوض فأشبهت البيع؛ وقال - سبحانه وتعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:١] والفسخ ليس من الإيفاء بالعقد.

وقال عمر - رضي الله عنه -: البيعُ صفقةٌ، أو خيارٌ، جعل البيع نوعين: نوعاً لا خيار فيه، ونوعاً فيه خيار، والإجارة بيع، فيجب أن تكون نوعين: نوعاً ليس فيه خيار الفسخ؛ ونوعاً فيه خيار الفسخ؛ ولأنها معاوضة عقدت مطلقة، فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ إلا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع.

فصل [في حكم الإجارة]

وأما حكم الإجارة، فالإجارة لا تخلو إما إن كانت صحيحة؛ وإما إن كانت فاسدة؛ وإما إن كانت باطلة؛ أما الصحيحة فلها أحكام بعضُها أصليٌّ، وبعضُها من التوابع؛ أما الحكم الأصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع؛ في بيان أصل الحكم، وفي بيان وقت ثبوته، وفي بيان كيفية ثبوته.

٢/٢٣٣ ب

أما الأول: فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر، وثبوت الملك في الأجرة / المسماة للآجر؛ لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة، والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين.

وأما وقت ثبوته، فالعقد لا يخلو: إما إن كان عقد مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، وإما أن شرط فيه تعجيل الأجرة أو تأجيلها، فإن عقد مطلقاً فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحدٍ، فيثبتُ الملك للمؤاجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة، وهذا قول أصحابنا.

وقال الشافعي: حكم الإجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عَقِيب العقد بلا فصلٍ، وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، وعنده تجعل [منافع][2] المدة موجودة تقديراً؛ كأنها أعيان

---

(١) في ط: بلا عذر.
(٢) سقط في ط.

قائمة، ويثبت الحكم فيها في الحال، وعلى هذا ينى أن الأجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا، وعنده تملك.

وجه قوله: إن الإجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة، والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عَقِيب العقد كالبيع، إلاَّ أَنَّ الملك لا بد له من محل يثبت فيه، ومنافع[1] المدة معلومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكماً؛ تصحيحاً للعقد، وقد يجعل المعدوم حقيقةً موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة.

ولنا أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر؛ إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة؛ لأنه لا يقابله عوض؛ ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين، والملك لم يثبت في أحد العوضين وهو منافع المدة؛ لأنها معدومة حقيقة، فلا تثبت في الأجرة في الحال تحقيقاً للمعاوضة المطلقة في أيِّ وقت تثبت، فقد كان أبو حنيفة أولاً يقول: إن [الأجرة لا تجب][2] إلا بعد مضي المدة [في الإجارة التي تقع على المدة][3]، مثل استئجار الأرض سنة أو عشر سنين، وهو قول زفر، ثم رجع هنا فقال: تحب يوماً فيوماً وفي الإجارة على المسافة، مثل أن استأجر بعيراً إلى مكة ذاهباً وجائياً، كان قوله الأول أن لا يلزمه تسليم الأجر حتى يعود، وهو قول زفر، ثم رجع وقال: يسلم حالاً فحالاً.

وذكر الكرخي: أنه يسلم أجرة كل مرحلة إذا انتهى إليها، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وجه قول أبي حنيفة الأول أن منافع المدة أو المسافة من حيث أنها معقود عليها شيء واحد، فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها؛ كمن استأجر خياطاً يخيط ثوباً فخاط بعضه، أنه لا يستحق الأجرة حتى يفرغ منه؛ وكذا القصار والصباغ.

وجه قوله الثاني: وهو المشهور، أنه ملك البدل [بمقابلة ملك المبدل][4] وهو المنفعة وأنها تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان، فيملكها شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها، فكذا ما يقابلها، فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الأجرة ساعة فساعةٍ إلا أن ذلك متعذر، فاستحسن فقال يوماً فيوماً ومرحلة فمرحلة؛ لأنه لا يعذر فيه، وروي عن أبي يوسف فيمن استأجر بعيراً إلى مكة أنه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطي من الأجر بحسابه استحساناً، وذكر الكرخي أن هذا قول أبي يوسف الأخير، ووجهه أن السير إلى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة في الجملة، فإذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله.

---

(١) في ط: منافع.
(٢) في أ: الأجر لا يثبت.
(٣) سقط في ط.
(٤) سقط في ط.

وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأَجر أو وهبه له أو تصدق به عليه، أن ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف الأخير، عيناً كان الأجر أو ديناً، وقال محمد: إن كان ديناً جاز.

وجه قول أبي يوسف: ظاهر خارج على الأصل، وهو أن الأجرة لم يملكها المؤاجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والإبراء عما ليس بمملوك المبرىء لا يصح بخلاف الدين المؤجل؛ لأنه مملوك وإنما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الإبراء عنه، وهبة غير المملوك لا تصح.

وجه قول محمد: أن الإبراء لا يصح إلا بالقبول، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما، ولا صحة إلا بالملك، فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحاً له؛ كما في قول الرجل لغيره: أعتق عبدك عني على ألف درهم، فقال: أعتقت، والإبراء إسقاط، وإسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز، كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت، وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد، والجواب أنه إن كان يعني بالانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم، بلا خلافٍ بين / أصحابنا، وإن كان يعني [به][1] شيئاً آخر فهو غير معقول، ولو أبرأه عن بعض الأجرة أو وهب منه جاز في قولهم جميعاً. ٢/ ٢٣٤ أ

أما على أصل محمد، فظاهر، لأنه يجوز ذلك عنده في الكل؛ فكذا في البعض، وأما على أصل أبي يوسف فلأن ذلك حط بعض الأجرة فيلحق الحط بأصل العقد، فيصير كما لو وجد في حال العقد بمنزلة هبة بعض الثمن في البيع وحط الكل، لا يمكن إلحاقه بأصل العقد، ولا سبيل إلى تصحيحه للحال لعدم الملك، وأما إذا كانت الأجرة عيناً من الأعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع، فقد قال أبو يوسف أن ذلك لا يكون نقضاً للإجارة.

وقال محمد: إن قبل المستأجر الهبة بطلت الإجارة، وإن رَدَّهَا لم تبطل، أما أبو يوسف فقد مر على الأصل أن الهبة لم تصبح لعدم الملك، فالتحقت بالعدم؛ كأنها لم توجد رأساً بخلاف المشتري إذا وهب المبيع من بائعه قبل القبض وقبله البائع أن ذلك يكون نقضاً للبيع؛ لأن الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك، فثبت الملك للبائع، فانفسخ البيع.

وأما محمد فإنه يقول: الأجرة إذا كانت عيناً كانت في حكم المبيع؛ لأن ما يقابلها هو في حكم الأعيان؛ والمشتري إذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع؛ كذا

(١) سقط في ط.

هذا، وإذا رد المستأجر الهبة لا تبطل الإجارة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبول، فإذا ردها[١] بطلت والتحقت بالعدم.

وعلى هذا إذا صارف المؤاجر المستأجر بالأجرة فأخذ بها ديناراً؛ بأن كانت الأجرة دراهم أن العقد باطل عند أبي يوسف في قوله الأخير؛ وكان قوله الأول إنه جائز، وهو قول محمد.

فأبو يوسف مَرَّ على الأصلِ فقال الأجرة لم تجب بعقد الإِجارة، وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس، فيبطل العقد فيه؛ كمن باع ديناراً بعشرة فلم يتقابضا؛ ولأنه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصاً بالأجرة، ولا أجرة له، فيبقى ثمن الصرف في ذمته، فإذا افترقا قبل القبض بطل الصرف، ومحمد يقول: إذا لم يجز الصرف إلا ببدل واجب ولا وجوب إلا بشرط التعجيل، ثبت الشرط مقتضى إقدامهما على الصرف.

ولو شرطا تعجيل الأجرة ثم تصارفا جاز؛ كذا هذا.

ولو اشترى المؤاجر من المستأجر عيناً من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم؛ لأن العقد على الأَعيان [لا يقتضي قبض البدل في المجلس، فجاز العقد، وإن كانت الأجرة غير واجبة، ويبقى الثمن في ذمته، ولو أخذنا بالأجرة رهناً، أو كفيلاً جاز في قولهم. أما على أصل محمد: فلأن الإبراء][٢] والهبة جائزان، فالرهن والكفالة أولى.

وأما على أصل أبي يوسف فأما الكفالة؛ فلأن جوازها لا يستدعي قيام الدين للحال، بدليل أنه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت؛ وكذلك الكفالة بالدين[٣] جائزة، وكذلك الرهن بدينٍ لم يجب، جائز؛ كالرهن بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار؛ ولأن الكفالة والرهن شرعاً للتوثق، والتوثق ملائم للأجر، هذا إذا وقع العقد مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، فأما إذا شرط في تعجيلها ملكت بالشرط ووجب تعجيلها، فالحاصلُ أن الأجرة لا تملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة، أحدها: شرط التعجيل في نفس العقد، والثاني: التعجيل من غير شرط، والثالث: استيفاء المعقود عليه.

أما ملكها بشرط التعجيل فلأن ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقيق معنى المعاوضة المطلقة، وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين؛ ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق إلا في ثبوت الملك فيهما في زمان واحد؛ فإذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة

(١) في ط: رد.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: بالدرك.

المطلقة، بل المقيدة بشرط التعجيل، فيجب اعتبار شرطهما؛ لقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» فيثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض؛ ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع؛ وإن كان إطلاق العقد يقتضي الحلول؛ كذا هذا؛ وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الأجرة؛ كذا ذكر الكرخي في جامعه؛ لأن المنافع في باب الإِجارة كالبيع في باب البيع، والأجرة في الإِجارات كالثمن في البياعات؛ وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، فكذا للمؤاجر حبس المنافع إلى أن يستوفي الأجرة المعجلة.

فإن قيل لا فائدة في هذا الحبس، لأن الإِجارة إذا وقعت على مدة فإذا حبس المستأجر مدة بطلت الإِجارة في تلك المدة، ولا شيء فيها من الأجرة، فلم يكن الحبس مفيداً.

٢/ ٢٣٤ ب

فالجواب: إن الحبس مفيد لأنه يحبس ويطالب بالأجرة، فإن عجل وإلا فسخ / العقد، فكان في الحبس فائدة؛ على أن هذا لا يلزم في الإِجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة؛ لأن العقد ههنا لا يبطل بالحبس؛ وكذا هذا، ويبطل ببيع ما يتسارع إليه الفساد؛ كالسمك الطري ونحوه؛ إذ للبائع حبسه حتى يستوفي الثمن، وإن كان يؤدي إلى إبطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض، وإن وقع الشرط في عقد الإِجارة على أن لا يسلم المستأجر الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإِجارة، فهو جائز.

وأما على قول أبي حنيفة الأول فظاهر، لأن الأُجرة لا تجب إلا في آخر المدة، فإذا شرط كان هذا شرطاً مقرراً مقتضى العقد، فكان جائزاً، وأما على قوله الآخر، فالأجر وإن كانت تجب شيئاً فشيئاً فقد شرط تأجيل الأُجرة؛ والأُجرة كالثمن فتحتمل التأجيل كالثمن.

وأما إذا عجل الأجرة من غير شرط؛ فلأنه لما عجل الأُجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية؛ لأن التأخير ثبت حقًّا له، فيملك إبطاله بالتعجيل، كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله؛ ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة، فالاستحقاق وإن لم يثبت فقد انعقد سببه، وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز؛ كتعجيل الكفار بعد الجرح قبل الموت.

وأَمَّا إذا استوفى المعقود عليه فلأنه يملك المعوض فيملك المؤاجر العوض في مقابلته؛ تحقيقاً للمعاوضة المطلقة، وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق، وعلى هذا الأصل تبنى الإِجارة المضافة إلى زمان في المستقبل بأن قال: أجرتك هذه الدار غداً، أو رأس شهر كذا؛ أو قال: أجرتك هذه الدار سنةً أولها غرة شهر رمضان ـ أنها جائزة في قول أصحابنا، وعند الشافعي: لا تجوز.

وجه البناء: أن الإِجارة بيع المنفعة، وطريق جوازها عنده أن يجعل منافع المدة موجودة

تقديراً عَقِيب العقد تصحيحاً له؛ إذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجوداً ليمكن إثبات حكمه فيه، فَجَعلت المنافع موجودة حكماً؛ كأنها أعيان قائمة بنفسها، وإضافة البيع إلى عين ستوجد، لا تصح؛ كما في بيع الأعيان حقيقة.

وأما عندنا فالعقدُ ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً فشيئاً وهو المنفعة، فكان العقد مضافاً إلى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة، فالتنصيص على الإضافة يكون مقرراً مقتضى العقد؛ إلاَّ أنا جوزنا الإضافة في الإجارة دون البيع للضرورة؛ لأن المنفعة حال وجودها لا يمكن انتفاء العقد عليها، فدعت الضرورة إلى الإضافة؛ ولا ضرورة في بيع العين لإمكان إيقاع العقد عليها بعد وجودها؛ لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة إلى الإضافة؛ وطريقنا أوْلَى لأن جعل المعدوم موجوداً تقدير للمحال، وتقدير المحال محال، ولا إحالة في الإضافة إلى زمان في المستقبل، فإن كثير من التصرفات تصح مضافة إلى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما، فكان الصحيح ما لنا. والله الموفق.

وأما الأحكام التي هي من التوابع فكثيرة؛ بعضُها يرجع إلى الآجر والمستأجر مما عليهما ولهما، وبعضها يرجع إلى صفة المستأجر والمستأجر فيه.

أما الأول: فجملة الكلام فيه أن عقد الإجارة لا يخلو إما إن شرط فيه تعجيل البدل أو تأجيله؛ وإما إن كان مطلقاً عن شرط التعجيل والتأجيل، فإنْ شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستأجر تعجيلها والابتداء بتسليمها، سواء كان ما وقع عليه الإجارة شيئاً ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد الخدمة، أو كان صانعاً أو عاملاً ينتفع بصنعته أو عمله؛ كالخياط والقصار والصباغ والإسكاف؛ لأنهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما؛ لقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، وملك الآجر البدل حتى تجوز له هبته والتصدق به والإبراء عنه والشراء والرهن والكفالة، وكُلُّ تصرف يملك البائع في الثمن في باب البيع، وللمؤاجر أن يمتنع عن تسليم المستأجر في الأشياء المنتفع بأعيانها حتى يستوفي الأجرة؛ وكذا للأجير الواحد أن يمتنع عن تسليم النفس، للأجير المشترك أن يمتنع عن إيفاء العمل قبل استيفاء الأجرة [لأن الأجرة في الإجارات][1] كالثمن في البياعات، وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن إذا لم يكن مؤجلاً؛ كذا ههنا.

وإن شرط فيه تأجيل الأجرة يبتدأ بتسليم المستأجر وإيفاء العمل، وإنما يجب بتسليم البدل عند انقضاء الأجل؛ لأن الأصل في الشروط اعتبارها للحديث الذي روينا؛ وإن كان العقد مطلقاً عن شرط / التعجيل والتأجيل يبتدأ بتسليم ما وقع عليه العقد في نوعي الإجارة، ٢/ ٢٣٥ ب

(١) في ط: في الأجارة.

فيجب على المؤاجر تسليم المستأجر، وعلى الأجير تسليم النفس أو إيفاء العمل أولاً عندنا؛ خلافاً للشافعي؛ لأن الأجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق وعنده تجب، والمسألة قد مَرَّتْ، غير أن في النوع الأول وهو الإِجارة على الأشياء المنتفع بأعيانها إذا سلم المستأجر لا يجب على المستأجر تسليم البدل كله للحال، بل على حسب استيفاء المنفعة شيئاً فشيئاً، حقيقة أو تقديراً، بالتمكن من الاستيفاء في قول أبي حنيفة الآخر، وللمؤاجر أن يطالبه بالأجرة بمقدار ذلك يوماً فيوماً في الإِجارة على العقار ونحوه، ومرحلة مرحلة في الإجارة على المسافة؛ ولكن يجبر[1] المكاري على الحمل إلى المكان المشروط؛ إذ لو لم يجبر لتضرر المستأجر. وفي قوله الأول وهو قول أبي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شيء من البدل إلا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها في الإِجارة على قطع المسافة، وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم.

وأما في النوع الآخر هو استئجار الصناع والعمال[2] فلا يجب تسليم شيء من البدل إلا بعد الفراغ[3] من العمل بلا خلاف، حتى قالوا في الحمال ما لم يحط المتاع من رأسه لا يجب الأجر؛ لأن الحط من تمام العمل؛ وهكذا قال أبو يوسف في الحمال يطلب الأجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه أنه ليس له ذلك؛ لأن الوضع من تمام العمل.

والفرقُ أن كل جزء من العمل في هذا النوع غير مقصود؛ لأنه لا ينتفع بعضه دون بعض، فكان الكل كشيء واحد، فما لم يوجد لا يقابله البدل بلا خلاف، بخلاف النوع الأول على قول أبي حنيفة الآخر، لأن كل جزء من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالأجرة ثم في النوع الآخر إذا أراد الأجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الأجرة، هل له ذلك؟

ينظر: إن كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ والإِسكاف له ذلك؛ لأن ذلك الأثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطاً مقصوراً، وإنما العمل يحصل ذلك الأثر عادة، والبدل يقابل ذلك الأَثر، فكان كالمبيع، فكان له أن يحبسه لاستيفاء الأجرة كالبيع قبل القبض أنه يحبس لاستيفاء الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلاً.

ولو هلك قبل التسليم تسقط الأجرة؛ لأنه مبيع هلك قبل القبض، وهل يجب الضمان؟ فعند أبي حنيفة لا يجب، وعندهما يجب؛ لأنه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس أولى، والمسألة تأتي في موضعها، إن شاء الله تعالى.

---

(١) في ط: يخير.

(٢) في ط: العمل.

(٣) في ط: إلا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة بعد الفراغ.

وإن لم يكن لعمله أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكاري، ليس له أن يحبس العين؛ لأن ما لا أثر له في العين فالبدل إنما يقابل نفس العمل إلا أن العمل كله كشيء واحد، إذ لا ينتفع ببعضه دون بعض، فكما فرغ حصل في يد المستأجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كاليد المودعة؛ ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين، ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا تسقط الأجرة؛ لما ذكرنا أنه كما وقع في العمل حصل مسلماً إلى المستأجر؛ لحصوله في يده فتقررت عليه الأجرة، فلا تحتمل السقوط بالهلاك، ويضمن لأنه حبسه بغير حقٍّ، فصار غاصباً بالحبس، ونَصَّ محمدٌ على الغصب فال: فإن حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصبٌ.

ووجهه ما ذكرنا أن العين كانت أمانة في يده؛ فإذا حبسها بدينه فقد صار غاصباً؛ كما لو حبس المودع الوديعة بالدين، هذا الذي ذكرنا أن العمل لا يصير مسلماً إلى المستأجر إلا بعد الفراغ منه، حتى لا يملك الأجير المطالبة بالأجرة قبل الفراغ إذا كان المعمول فيه في يد الأجير، فإن كان في يد المستأجر، فقدر ما أوقعه من العمل فيه يصير مسلماً إلى المستأجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة، بأن استأجر رجلاً ليبني له بناء في ملكه، أو فيما في يده. بأن استأجر ليبني له بناء في داره أو يعمل له ساباطاً أو جناحاً أو يحفر له بئراً أو قناةً أو نهراً؛ أو ما أشبه ذلك في ملكه أو فيما في يده، فعمل بعضه، فله أن يطالبه بقدره من الأجرة؛ لكنه يجبر على الباقي؛ حتى لو انهدم البناء أو انهارت البئر أو وقع فيها الماء والتراب وسواها مع الأرض أو سقط الساباط[1]، فله أجر ما عمله بحصته؛ لأنه إذا كان في ملك المستأجر أو في يده فكما عمل شيئاً حصل في يده قبل هلاكه وصار مسلماً إليه، فلا يَسْقُطُ بَدَلُهُ بالهلاك.

ولو كان ذلك[2] في غير ملكه ويده، ليس له أن يطلب شيئاً من الأجرة / قبل الفراغ من عمله وتسليمه إليه، حتى لو هلك قبل التسليم لا يجب شيء من الأجرة، لأنه إذا لم يكن في ملكه ولا في يده توقف وجوب الأجرة فيه على الفراغ والتمام. ٢/ ٢٣٥ ب

وقال الحسنُ بن زُيادٍ: إذا أراه موضعاً من الصحراء يحفر فيه بئراً، فهو بمنزلة ما هو في ملكه ويده، وقال في آخر الكلام، وهذا قياس قول أبي حنيفة، وقال محمد: لاَ يَكُونُ قابضاً إلا بالتخلية وإن أراه الموضع، وهو الصحيح؛ لأن ذلك الموضع بالتعيين لم يصر في يده، فلا يصير عمل الأجير فيه مسلماً له، وإن كان ذلك في غير ملك المستأجر ويده، فعمل الأجير بعضه والمستأجر قريب من العامل فخلى الأجير بينه وبينه؛ فقال المستأجر: لا أقبضه منك

---

(١) السَّابَاطُ: سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ. المعجم الوسيط (سبط).

(٢) في ط: غير ذلك.

حتى تفرغ، فله ذلك؛ لأن قدر ما عمل لم يصر مسلماً إذا لم يكن في ملك المستأجر ولا في يده؛ لأنه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض، فكان للمستأجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمه.

ولو استأجر لباناً ليضرب له لبناً في ملكه أو فيما في يده، لا يستحق الأجرة حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: حتى تجف أو ينصبه ويشرجه، ولا خلاف في أنه إذا ضربه ولم يقمه أنه لا يستحق الأجرة؛ لأنه ما لم يقلبه عن مكانه فهو أرض، فلا يتناوله اسم اللبن، والخلاف بينهم يرجع إلى أنه هل يصير قابضاً له بالإقامة أو لا يصير إلا بالتشريج، فعلى قول أبي حنيفة يصير قابضاً له بنفس الإقامة؛ لأن نفس الإقامة من تمام هذا العمل، فيصير اللبن مسلماً إليه بهما.

وعلى قولهما لا يصير قابضاً ما لم يشرج؛ لأن تمام العمل به حتى [أنه][1] لو هلك قبل النصب في قول أبي حنيفة وقبل التشريج، في قولهما، فلا أجر له؛ لأنه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الأصلين، ولو هلك بعده فله الأجر؛ لأن العمل قد تم فصار مسلماً إليه؛ لكونه في ملكه أو في يده، فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل.

وجه قولهما: أن الأمن عن الفساد يقع بالتشريج، ولهذا جرت العادة بين الناس أن اللبان هو الذي يشرج ليؤمن عليه الفساد، فكان ذلك من تمام العمل كإخراج الخبز من التنور.

ولأبي حنيفة أن المستأجر له ضرب اللبن، ولما جف ونصبه فقد وجد ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في يده أو في ملكه، فصار قابضاً له، فأما التشريج فعمل زائدٌ لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من مكان إلى مكان، فلا يلزمه ذلك، وإن كان ذلك في غير ملكه ويده، لم يستحق الأجرة حتى يسلمه؛ وهو أن يخلي الأجير بين اللبن وبين المستأجر، لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبي حنيفة، وعندهما بعد ما شرجه.

وروى ابن سماعة عن محمد في رجل استأجر خبازاً ليخبز له قفيزاً من دقيق بدرهم، فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه، أو ألزقه في التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق؛ فلا أجرة له لأنه هلك قبل تمام العمل؛ لأن عمل الخبز لا يتم إلا بالإخراج من التنور، فلم يكن قبل الإخراج خبز، فصار كهلاك اللبن قبل أن يتمه قال: ولو أخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز في منزل المستأجر فاحترق من غير جنايته، فله الأجر، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، أما استحقاق الأجر فلأنه فرغ من العمل بإخراج الخبز من التنور وحصل مسلماً إلى المستأجر لكونه في ملك المستأجر.

---

(١) سقط في ط.

وأما عدم وجوب الضمان، فلأن الهلاك من غير صنع الأجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده.

وأما على قول من يضمن الأجير المشترك فإنه ضامن له دقيقاً مثل الدقيق الذي دفعه إليه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزاً وأعطاه الأجر؛ لأن قبض الأجير قبض مضمون عندهما، فلا يبرأ عن الضمان بوضعه في منزل مالكه، وإنما يبرأ بالتسليم كالغاصب إذا وجب الضمان عليه عندهما، فصاحب الدقيق بالخيار إن شاء ضمنه دقيقاً وأسقط الأجر، لأنه لم يسلم إليه العمل، وإن شاء ضمنه خبزاً فصار العمل مسلماً إليه، فوجب الأجر عليه.

قال: ولا أضمنه القصب ولا الملح، لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه. وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له؛ لأن القصب صار رماداً والملح صار ماء.

وكذلك الخياط الذي يخيط له في منزله قميصاً، فإن خاط له بعضه لم يكن له أجرته؛ لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعضه، فلا تلزم الأجرة إلا بتمامه، فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجرة في قول أبي حنيفة؛ لأن العمل حصل مسلماً إليه لحصوله في ملكه.

وأما على قولهما: فالعين مضمونة، فلا يبرأ / عن ضمانها إلا بتسليمها إلى مالكها، فإن هلك الثوب فإن شاء ضمنه قيمته صحيحاً ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الأجر لما بينا. ٢/٣٢٦أ

ولو استأجر حمالاً ليحمل له دنا من السوق إلى منزله، فحمله حتى إذا بلغ باب درب الذي استأجره كسره إنسان، فلا ضمان على الحامل في قول أبي حنيفة، وله الأجر، وهو على ما ذكرنا أن العمل إذا لم يكن له أثر ظاهر في العين كما وقع يحصل مسلماً إلى المستأجر.

وذكر ابن سماعة عن محمد في رجل دفع ثوباً إلى خياط يخيطه بدرهم، فمضى فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رَبُّ الثوب، فلا أجر للخياط؛ لأن المنافع هلكت قبل التسليم، فسقط بدلها، قال: ولا أجبر الخياط على أن يعيد العمل؛ لأنه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه العمل ثانياً، وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب عليه أن يعيده؛ لأنه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها؛ فكأنه لم يعمل رأساً، وإذا فتقه الأجنبي فقد أتلف المنافع بدليل أنه يجب عليه الضمان.

وقال في الملاح: إذا حمل الطعام إلى موضع فرد السفينة إنسان، فلا أجر للملاح، وليس عليه أن يعيد السفينة؛ فإن كان الملاح هو الذي رَدَّها، لزمه إعادة الحمل إلى الموضع الذي شرط عليه لما قلنا، وإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه، فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له أجر مثله فيما

سار في هذا المسير؛ لأنا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه، ولو كلفناه حمله بالأجر إلى أقرب المواضع التي يمكن القبض فيها، فقد راعينا الحقين.

وقالوا: ولو اكترى[1] بغلاً إلى موضع يركبه، فلما سار إلى بعض الطريق جمع به فرده إلى موضعه الذي خَرَجَ منه، فعليه الكري بقدر ما سار؛ لأنه استوفى ذلك القدر من المنافع، فلا يسقط عنه الضمان.

وقال في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة في رجلٍ استأجر رجلاً يذهب إلى البصرة فيجيء بعياله، فذهب فوجد فلاناً [من العيال][2] قد مات، فجاء بمن بقي، قال: له من الأجر بحسابه.

وعن أبي حنيفة في رجلٍ استأجر رجلاً يذهب بكتابةٍ إلى البصرة إلى فلان ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلاناً قد مات، فرد الكتاب، فلا أجر له، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: له الأجر في الذهاب، أما في المسألة الأولى فلأن مقصوده حمل العيال؛ فإذا حمل بعضهم دون بعضٍ كان له من الأجر بحساب ما حمل.

وأما في الثانية: فوجه قول محمد: أن الأجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب؛ لأنه لا حمل له ولا مؤنة، وقطع المسافة في الذهاب وقع على الوجه المأمور به، فيستحق حصته من الأجر، وفي العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شيء.

ولهما: أن المقصود من حمل الكتاب إيصاله إلى فلان ولم يوجد، فلا يجب شيء؛ على أن المقصود وإن كان نقل الكتاب لكنه إذا رده فقد نقص تلك المنافع، فبطل الأجر كما لو استأجره ليحمل طعاماً [له][3] إلى البصرة إلى فلان، فحمله فوجده قد مات فرده؛ أنه لا أجر له لما قلنا؛ كذا هذا.

وللمستأجر في إجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى ووضع المتاع، وأن يسكن بنفسه وبغيره، وأن يسكن غيره بالإجارة والإعارة إلا أنه ليس له أن يجعل فيها حداداً ولا قصاراً [ولا طحاناً][4] ونحو ذلك مما يوهن البناء؛ لما بينا[5] فيما تقدم.

ولو أجرها المستأجر بأكثر من الأجرة الأولى؛ فإن كانت الثانية من خلاف جنس الأولى

---

(١) في ط: اكتراه.
(٢) سقط في ط.
(٣) سقط في ط.
(٤) سقط في ط.
(٥) في أ: لما قلنا.

طابت له الزيادة؛ وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادةً من بناءٍ أو حفرٍ أو تطيين أو تجصيص، فإن لم يزد فيه شيئاً فلا خير في الفضل، ويتصدق به، لكن تجوز الإِجارة.

أما جواز الإِجارة فلا شك فيه؛ لأن الزيادة في عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد؛ وههنا كذلك، فيصح العقد.

وأما التَّصْدِيقُ بالفضل إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى فلأن الفضل ربح ما لم يضمن؛ لأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر، بدليل أنه لو هلك المستأجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به، كان الهلاك على المؤاجر ـ وكذا لو غصبه غاصب فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن، وقد نهى رسولُ الله ﷺ عن ذلك؛ فإن كان هناك زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة، فيخرج من أن يكون / ربحاً، ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك؛ لأنه ليس بزيادةٍ فلا تطيب به زيادة الأجر. ٢/٢٣٦ ب

وكذا في إجارة الدابة إذا زاد في الدابة جوالق أو لجاماً أو ما أشبه ذلك؛ يطيب له الفضل لما بينا؛ فإن علفها لا يطيب له؛ لأن الأجرة لا يصير[1] شيء منها مقابلاً بالعلف، فلا يطيب له الفضل.

ولو استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره، وإن فعل ضمن؛ وكذا إذا استأجر ثوباً ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره؛ وإن فعل ضمن لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس، فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه شيء؛ لأنه غاصب في الباسه غيره؛ وإن لم يصبه شيء فلا أجر له؛ لأن المعقود عليه ما يصير مستوفياً بلبسه، فما يكون مستوفي بلبس غيره لا يكون معقوداً عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب اليد.

ألا يرى أنه لو استأجر ثوباً بعينه ثم غصب منه ثوباً آخر فلبسه، لم يلزمه الأجر؛ فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره، لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس، فإن قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه، وذلك لا يكفي لوجوب الأَجر عليه؛ كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه، قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده؛ فإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة؛ ولهذا لو هلك لم يضمن؛ فأما إذا ألبسه غيره، فيده عليه معتبرة حكماً.

ألا ترى أنه ضامن وَإن هلك من غير اللبس، فإن يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس، ولا يكون إلا بطريق تفويت يده حكماً، فلهذا لا يلزمه

---

(١) في أ: يعتبر.

الأُجرة، وإن سلم، وإن كان استأجره ليلبس يوماً إلى الليل ولم يسم من يلبسه، فالعقد فاسد لجهالة المعقول عليه؛ فإن اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس؛ وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد، فكذلك ترك تعيين اللابس، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن صاحب الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس إلا أحسن الناس في ذلك، ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية، ولا تصح التسمية مع فساد العقد، وإن اختصما فيه قبل اللبس فسدت الإجارة، وإن لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه إلى الليل، فهو جائز، وعليه الأجر استحساناً، والقياس عليه أجر المثل.

وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها، أو للعمل ولم يسم من يعمل عليها، فعمل عليها إلى الليل، فعليه المسمى استحساناً، وفي القياس عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية، ولا تصح التسمية مع فساد العقد.

وجه الاستحسان: أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال، وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد؛ وهذا لأن الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف، وإنما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك، ووجوب الأَجر عند ذلك أيضاً، فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء، ولا ضمان عليه إن ضاع منه؛ لأنه غير مخالفٍ، سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره، بخلاف الأَول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفاً بالباس غيره.

وإذا استأجر قميصاً ليلبسه يوماً إلى الليل، فوضعه في منزله حتى جاء الليل، فعليه الأجر كاملاً؛ لأن صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه، وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك؛ لأن العقد انتهى بمضي المدة، والإِذن في اللبس كان بحكم العقد.

ولو استأجر دابَّةً ليركبها أو ثوباً ليلبسه، لا يجوز له أن يؤاجر غيره للركوب واللبس لما قلنا، ولو باع المؤاجر الدار المستأجرة بعدما أجرها من غير عذر، ذكر في الأَصل أن البيع لا يجوز.

وذكر في بعض المواضع: أن البيع موقوف، وذكر في بعضها: أن البيع باطل، والتوفيق ممكنٌ؛ لأن معنى[1] قوله: «لا يجوز»، أي: لا ينفذ؛ وهذا لا يمنع التوقف؛ وقوله: «باطل»، أي: ليس له حكم ظاهر للحال، وهو تفسير التوقف.

---

(١) في ط: لأن في معنى.

والصحيح أنه جائز في حق البائع والمشتري، موقوف في حق المستأجر، حتى إذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع، وليس له أن يمتنع من الأخذ وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير إجازة البيع؛ فإن أجاز جاز، وإن أبى فللمشتري أن يفسخ البيع، ومتى فسخ لا يعود جائزاً بعد انقضاء مدة الإجارة، وهل يملك المستأجر فسخ هذا البيع؟ ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا ينفسخ، حتى إذا مضت مدة الإجارة، كان للمشتري أن يأخذ الدار.

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمدٍ أن له أن ينقض البيع، وإذا نقضه لا يعود جائزاً، وروي عن أبي يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة كالعيب، فإن كان المشتري عالماً بها وقت الشراء، وَقَعَتِ الإجارة لازمة، وإن لم يكن عالماً بها وقت الشراء فهو بالخيار، إن شاء نقض البيع لأجل العيب وهو الإجارة، وإن شاء أمضاه، وهذا كله مذهب أصحابنا، وقال الشافعي: البيع نافذ من غير إجازة المستأجر.

وجه قوله: أَنَّ البيع صادف محله؛ لأَن الرقبة ملك المؤاجر، وإنما حق المستأجر في المنفعة، ومحل البيع العين، ولا حق للمستأجر فيها.

ولنا: أن البائع غير قادر على تسليمه؛ لتعلق حق المستأجر به، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن، وأمكن ههنا بالتوقف في حقه، فقلنا بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستأجر، صيانةً للحقين، ومراعاةً للجانبين.

وعلى هذا إذا أجر داره ثم أقر بها لإنسان أن إقراره ينفذ في حق نفسه ولا ينفذ في حق المستأجر، بل يتوقف إلى أن تمضي مدة الإجارة، فإذا مضت نفذ الإقرار في حقه أيضاً، فيقضي بالدار للمقر له؛ وهذا بخلاف ما إذا أجر داره من إنسان ثم أجرها من غيره أن الإجارة الثانية تكون موقوفة على إجازة المستأجر الأول، فإن أجازها جازت وإن أبطلها بطلت، وههنا ليس للمستأجر أن يبطل البيع.

ووجه الفرق: أن عقد الإجارة يَقَعُ على المنفعة إذ هو تمليك المنفعة، والمنافع ملك المستأجر الأول، فتجوز بإجازته وتبطل بإبطاله، فأما الإقرار فإنما يقع على العين، والعين ملك المؤاجر، لكن للمستأجر فيها حق، فإذا زال حقه بتقديم المستأجر الأول إذا أجاز الإجارة الثانية حتى نفذت كانت الأجرة له لا لصاحب الدار، وفي البيع يكون الثمن لصاحب الملك.

ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا لأن الإجارة وردت[1] على المنفعة وإنها ملك المستأجر

---

(١) في أ: وقعت.

الأول، فإذا أجاز كان بدلها له، فأما الثمن فإنه بدل العين، والعين ملك المؤاجر، فكان بدلها له، وبالإِجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمض مدة الإِجارة الثانية، فإذا مضت فإن كانت مدتهما واحدة تنقضي المدتان جميعاً، وإن كانت مدة الثانية أقل، فللأول أن يسكن حتى تتم المدة.

وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الإِجارة أن العقد جائز فيما بينه وبين المرتهن، موقوف في حق المستأجر؛ لتعلق حقه بالمستأجر، وله أن يحبس حتى تنقضي مدته.

وعلى هذا بيع المرهون من الراهن أنه جائز بين البائع والمشتري، موقوف في حق المرتهن، وله أن يحبسه حتى يستوفي ماله، فإذا افتكها الراهن يجب عليه تسليم الدار إلى المشتري؛ كما في الإِجارة، إلاَّ أن ههنا إذا أجاز المرتهن البيع حتى جاء وسلم الدار إلى المشتري، فالثمن يكون[1] / رهناً عند المرتهن قائماً مقام الدار؛ لأن حق حبس العين كان ثابتاً له ما دامت في يده وبدل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه. ٢/٢٣٧ أ

وفرق القدوري بين الرهن والإِجارة، فقال في الرهن للمرتهن أن يبطل البيع وليس للمستأجر ذلك، لأن حق المستأجر في المنفعة لا في العين، فكان الفسخ منه تصرفاً في محل حق الغير، فلا يملكه، وأما في حق المرتهن فتعلق بغير المرهون.

ألا ترى أنه يصير به مستوفياً للدين، فكان الفسخ منه تصرفاً في محل حقه فيملك، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم، وللأجير[2] أن يعمل بنفسه وأجرائه إذا لم يشترط عليه في العقد أن يعمل بيده؛ لأن العقد وقع على العمل، والإنسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره، ولأن عمل أجرائه يقع له، فيصير كأنه عمل بنفسه إلا إذا شرط عليه عمله بنفسه؛ لأن العقد وقع على عملٍ من شخص معين، والتعيين مفيد؛ لأن العمال متفاوتون في العمل فيتعين، فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر؛ كمن استأجر جملاً بعينه للحمل لا يجبر على أخذ غيره.

ولو استأجر على الحمل ولم يعين جملاً كان للمكاري أن يسلم إليه أيَّ جملٍ شاء؛ كذا ههنا، وتطيين الدار وإِصلاح ميزابها وما هي من بنائها على رب الدار دون المستأجر؛ لأن الدار ملكه وإصلاح الملك على المالك، لكن لا يجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه؛ وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤاجر ذلك لأنه عيب بالمعقود عليه، والمالك لا يجبر على إزالة العيب عن ملكه، لكن للمستأجر أن لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهي كذلك ورآها فلا خيار له، لأنه رضي بالمبيع المعيب، وإصلاح دلو[3] الماء والبالوعة

---

(١) في أ: كله.
(٢) في أ: وللآخر.
(٣) في أ: بئر.

والمخرج على رب الدار، ولا يجبر على ذلك، وإن كان امتلأ من فعل المستأجر لما قلنا.

وقالوا في المستأجر إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه، فعليه أن يرفعه؛ لأنه حدث بفعله، فصار كتراب وضعه فيها، وإن امتلأ خلاها ومجراها من فعله، فالقياس أن يكون عليه نقله؛ لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد، إلا أنهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار؛ للمعرف والعادة إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار، فحملوا ذلك على العادة؛ فإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك لم يحتسب له بما أنفق؛ لأنه أصلح[1] ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه، فكان متبرعاً، وقبض المستأجر على المؤاجر حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت، فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضي بها إليه.

وعلى الذي أجرها أن يقبض من منزل المستأجر، لأن المستأجر وإن انتفع بالمستأجر، لكن هذه المنفعة إنما حصلت له بعوض حصل للمؤجر، فبقيت العين أمانة في يده كالوديعة، ولهذا لا يلزمه نفقتها، فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو أمسكها أياماً فهلكت في يده، لم يضمن شيئاً، سواء طلب منه المؤاجر أم لم يطلب؛ لأنه لم يلزمه الرد إلى بيته بعد الطلب، فلم يكن متعدياً في الإمساك فلا يضمن؛ كالمودع إذا امتنع عن رد الوديعة إلى بيت المودع حتى هلكت، وهذا بخلاف المستعار إن رده على المستعير؛ لأن نفعه له على الخلوص، فكان رده عليه لقول رسول الله ﷺ: «الخَرَاجِ بِالضَّمَانِ»[2] ولهذا كانت نفقته عليه؛ فكذا مؤنة الرد.

---

(١) في أ: أنفق.

(٢) أخرجه الشافعي (٢/ ١٤٣ ـ ١٤٤) كتاب البيوع: باب فيما نهى عنه من البيوع، الحديث (٤٧٩)، والطيالسي (ص: ٢٠٦)، الحديث (١٤٦٤)، وأحمد (٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧)، وأبو داود (٣/ ٧٧٧ ـ ٧٧٩) كتاب البيوع والإجارات باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم يجد به عيباً، الحديث (١٢٨٥)، والنسائي (٧/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥) كتاب البيوع: باب الخراج بالضمان، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، الحديث (٢٢٤٢)، وابن الجارود (ص: ٢١٢ ـ ٢١٣) أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٧)، والدارقطني (٣/ ٥٣) كتاب البيوع: الحديث (٢١٤)، والحاكم (٢/ ١٥): كتاب البيوع: باب الخراج بالضمان، والبيهقي (٥/ ٣٢١): كتاب البيوع: باب المشتري يجد بما اشتراه عيباً، والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٢٣١)، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٢١ ـ بتحقيقنا)، من رواية ابن أبي ذئب، عن مخلد بن خفاف الغفاري عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ ـ به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب، وقد توبع مخلد بن خفاف تابع هشام بن عروة.

أخرجه أحمد (٦/ ٨٠، ١١٦)، وأبو داود (٣/ ٧٨٠): كتاب البيوع والإجارات باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، الحديث (٣٥١٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤): كتاب التجارات: باب الخراج بالضمان، لحديث (٢٢٤٣)، وابن الجارود في المنتقى (ص: ٢١٢): أبواب القضاء في البيوع، الحديث =

فإن كان استأجرها من موضع مسمى في المصر ذاهباً وجائياً. فإن على المستأجر أن يأتي بها إلى ذلك الموضع الذي قبضها فيه، لا لأن الرد واجب عليه، بل لأجل المسافة التي تناولها العقد؛ لأن عقد الإجارة لا ينتهي إلا برده إلى ذلك الموضع، فإن حملها إلى منزله، فأمسكها حتى عطبت، ضمن قيمتها؛ لأنه تعدى في حملها إلى غير موضع العقد.

فإن قال المستأجر: اركبها من هذا الموضع إلى موضع كذا وارجع إلى منزلي، فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤاجر؛ لأنه لما عاد إلى منزله فقد انقضت مدة الإجارة، فبقيت أمانة في يده، ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها، فلا يلزم ردها؛ كالوديعة، وليس للظئر أن تأخذ صبيًا آخر فترضعه مع الأول، فإن أخذت صبيًا آخر فأرضعته مع الأول، فقد أساءت وأثمت إن كانت قد أضرت بالصبي، ولها الأجر على الأول والآخر.

٢٣٧/١ ب أما الإثم، فلأنه قد استحق عليها كمال الرضاع، ولما أرضعت صبيين / فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن.

وأما استحقاق الأجرة، فلأن الداخل تحت العقد الإرضاع مطلقاً، وقد وجد. وللمسترضع أن يستأجر ظئراً آخر، ؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] نفى الجناح عن المسترضع مطلقاً، فإن أرضعته الأخرى فلها الأجر أيضاً، فإن استأجرت الظئر ظئراً أخرى فأرضعته، أو دفعت الصبي إلى جاريتها فأرضعته، فلها الأجر استحساناً، والقياس أن لا يكون لها الأجر.

وجه القياس: أن العقد وَقَعَ على عملها، فلا تستحق الأجر بعمل غيرها، كمن استأجر أجيراً ليعمل بنفسه، فأمر غيره فعمل، لم يستحق الأجرة، فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن إرضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها؛ لأن الإنسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره، ولأن الثانية لما علمت بأمر الأُولى وقع عملها للأولى، فصار كأنها

= (٦٢٦)، والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٢٣١) وأبو يعلى (٨/ ٨٢ ـ ٨٣) رقم (٤٦١٤)، وابن حبان (١١٢٦ ـ موارد)، والدارقطني (٣/ ٥٣): كتاب البيوع، الحديث (٢١٣)، والحاكم (٢/ ١٥): كتاب البيوع: باب الخراج بالضمان، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٢٠ ـ بتحقيقنا)، من طريق مسلم بن مخلد الزنجي، عن هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة: «أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ـ ﷺ ـ، وبه عيب لم يعلم به، فاستغسله، ثم علم العيب فرده، فخاصمه إلى النبي ـ ﷺ ـ فقال: يا رسول الله إنه استغسله منذ زمن. فقال رسول الله ـ ﷺ ـ الخراج بالضمان، وقال بعضهم: «الغلة بالضمان»، قال الحاكم: (صحيح الإسناد) ووافقه الذهبي، ومسلم بن خالد الزنجي فيه ضعف لكنه توبع تابعه خالد بن مهران.
وأخرجه الخطيب (٨/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨)، وتابعه أيضاً عمر بن علي.
أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٧٠٢) والبيهقي (٥/ ٣٢٢).

عملت بنفسها؛ هذا إذا أطلق فأما إذا قيد ذلك بنفسها ليس لها أن تسترضع أخرى؛ لأن العقد أوجب الإِرضاع بنفسها.

فإن استأجرت أخرى فأرضعته، لا تستحق الأجر كما قلنا في الإِجارة على الأعمال؛ وليس للمسترضع أن يحبس الظئر في منزله إذا لم يشترط ذلك عليها، ولها أن تأخذ الصبي إلى منزلها؛ لأن المكان لم يدخل تحت العقد، وليس على الظئر طعام الصبي ودواؤه، لأن ذلك لم يدخل في العقد؛ وما ذكره في الأصل أن على الظئر ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن، فذلك محمولٌ على العادة.

وقد قالوا: في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود أنها تحمل على عادة كل بلدٍ، حتى قالوا فيمن استأجر رجلاً يضرب له لَبِناً أن الزنبيل والمتبن على صاحب اللبن، وهذا على عادتهم.

وقالوا: فيمن استأجر على حفرِ قبرٍ أَن حثي التراب عليه إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به، وتشريج اللبن على اللبان، وإخراج الخبز من التنور على الخباز؛ لأن ذلك من تمام العمل.

وقالوا في الخياط أن السلوك عليه؛ لأن عادتهم جرت بذلك؛ وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب أنه على صاحب الثوب؛ فإن كان أهل بلد تعاملوا [على خلاف][1] ذلك، فهو على ما يتعاملون.

وقالوا في الطباخ: إذا استأجر في عرس أن إخراج المرق عليه؛ ولو طبخ قدراً خاصة ففرغ منها، فله الأجر، وليس عليه من إِخراج المرق شيء وهو مبني على العادة يختلف باختلاف العادة.

وقالوا: فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله، فلما انتهى إليه أراد صاحب الحنطة أن يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله، وأبى المكاري، قالوا: قال أبو حنيفة: عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه، وإن أراد أن يصعد بها إلى السطح والغرفة، فليس عليه ذلك إلا أن يكون اشترطه، ولو كان حمالاً على ظهره، فعليه إِدخال ذلك، وليس عليه أن يصعد به إلى علو البيت، إِلا أن يشترطه، وإذا تكارى دابة فالأكاف على صاحب الدابة، فأما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل الصنعة، وكذلك اللجام، وأما السرج فعلى رب الدابة، إلا أن تكون سنة البلد بخلاف ذلك، فيكون على سنتهم، وعلى هذا مسائل:

---

(١) في ط: بخلاف.

ولو التقط رجلٌ لقيطاً فاستأجر له ظئراً، فالأجرة عليه، وهو متطوع في ذلك، أما لزوم الأجرة إياه فلأنه التزم ذلك فيلزمه، وأما كونه متطوعاً فيه فلأنه لا ولاية له على اللقيط، فلا يملك إيجاب الدين في ذمته ورضاعه على بيت المال؛ لأن ميراثه لبيت المال.

وأما الثاني: وهو الذي يرجع إلى صفة المستأجر والمستأجر فيه، فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه.

والثاني: في بيان ما يغير تلك الصفة.

أما الأول: فنقول وبالله التوفيق: لا خلاف في أن المستأجر أمانة في يد المستأجر؛ كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك، حتى لو هَلَكَ في يده بغير صنعه لا ضمان عليه؛ لأن قبض الإِجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضموناً كقبض الوديعة والعارية، وسواءٌ كانت الإِجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا.

وأما المستأجر فيه كثوب القصارة، والصباغة، والخياطة، والمتاع المحمول في السفينة، أو على الدابة، أو على الجمال؛ ونحو ذلك - فالأجير لا يخلو إما إن كان مشتركاً أو خاصًّا، وهو المسمى أجيراً لواحد، فإن كان مشتركاً فهو أمانة في قول أبي حنيفة / وزفر الحسن بن زياد، وهو أحد قولي الشافعي. [حَتَّى لَوْ هَلَكَ فِي يَدِه بِغَيْرِ صَنْعَةٍ لا يضْمن؛ سَوَاءٌ هَلَكَ قَبْلَ العَمَلِ، أَوْ بَعدَهُ؛ وهو القِيَاسُ][1].

٢/ ٢٣٨ أ

وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه إلاَّ حرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين؛ ولو احترق بيت الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير؛ كَذَا روي عن محمد لأن هذا ليس بحريق غالب، وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به؛ لأنه لو علم به لاطفأه، فلم يكن موضع العذر، وهو استحسان، ثم إن هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمولاً، ولا أجر له، وإن هناك بعد العمل فصاحبُهُ بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته معمولاً، وأعطاه الأجر بحسابه، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمولٍ ولا أجر له.

واحتجا بما روي عن رسول الله ﷺ: أنه قال: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّهُ»[2]. وَقَدْ

---

(١) سقط في ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) كتاب البيوع باب في تضمين العارية حديث (٣٥٦١) والترمذي (٣/ ٥٦٦) كتاب البيوع: باب ما جاء في أن العارية مؤداه حديث (١٢٦٦) وابن ماجه (٢/ ٨٠٢) كتاب الصدقات: باب العارية حديث (٢٤٠٠) وأحمد (٥/ ٨) والدارمي (٢/ ٢٦٤) كتاب البيوع: باب في العارية مؤداه، والحاكم (٢/ ٤٧) وابن الجارود في «المنتقى» (١٠٢٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٩٠) كلهم من طريق الحسن عن سمرة. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال الحاكم صحيح على شرط البخاري ووافقه الذهبي قلت: في سماع الحسن من سمرة كلام طويل قدمنا ذكره.

عجز عن رَدِّ عينه بالهلاك، فيجب رد قيمته قائماً مقامه، وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس، وهو المعنى في المسألة، وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنَّهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب.

ولأَبي حنيفة أن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي، لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَىٰ الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة:١٩٣] ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأَنه مأذون في القبض والهلاك ليس من صنعه، فلا يجب الضمان عليه، ولهذا لا يجب الضمان على المودع، والحديث لا يتناول الإِجارة، لأَن الرد في باب الإِجارة لا يجب على المستأجر، فكان المراد منه الإِعارة والغصب، وفعل عمر ـ رضي الله عنه ـ يحتمل أنه كان في بعض الأجراء؛ وهو المتهم بالخيانة، وبه نقول؛ ثم عندهما إنما يجب الضمان على الأجير إذا هلك في يده؛ لأن العين إنما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة، فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان، حتى لو كان صاحب المتاع معه راكباً في السفينة أو راكباً على الدابة التي عليها الحمل، فعطب الحمل من غير صنع الأجير، لا ضمان عليه؛ لأَن المتاع في يد صاحبه.

وكَذَلِكَ إِذا كان صاحب المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لأن المتاع في أيديهما، فلم ينفرد الأجير باليد، فلا يلزمه ضمان اليد.

وروى بشر عن أبي يوسف أنه إن سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه، لا ضمان عليه؛ لأن المتاع لم يصر في يده، حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع، وقالوا في الطعام: إذا كان في سفينتين وصاحبه في إحداهما وهما مقرونتان أو غير مقرونتين إلا أن سيرهما جميعاً وحبسهما جميعاً، فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده؛ لأنه هلك في يد صاحبه، وكذلك القطار إذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير، فلا ضمان على الحمال؛ لأَن المتاع في يد صاحبه لأنه هو الحافظ له.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجلٍ استأجر حمالاً ليحمل عليه زقًّا من سمنٍ، فحمله صاحب الزق والحمال جميعاً ليضعاه على رأس الحمال، فانخرق الزق وذهب ما فيه.

قال أبو يوسف: لا يضمن الحمال؛ لأنه لم يسلم إِلى الحمال، بل هو في يده.

قال: وإن حمله إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق، فوقع من أيديهما، فالحمال ضامن، وهو قول محمد الأَول، ثم رجع وقال: لا ضمان عليه.

لأَبي يوسف أن المحمول داخل في ضمان الحمالة بثبوت يده عليه، فلا يبرأ إلا بالتسليم إلى صاحبه، فإذا أخطأ جميعاً فيد الحمال لم تزل فلا يزول الضمان.

ولمحمد أن الشيء قد وصل إلى صاحبه بأنزاله، فخرج من أن يكون مضموناً كما لو حملاه ابتداءً إلى رأس الحمال فهلك.

وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجلٍ مصحفاً يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفاً إلى صَيْقلٍ يصقله بأجرٍ، ودفع الجفن معه فضاعاً، قال محمد: يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن؛ لأن المصحف لا يستغني عن الغلاف، والسيف لا يستغني عن الجفن، فصارا كشيءٍ واحدٍ، قال: فإن أعطاه مصحفاً يعمل له غلافاً أو سكيناً يعمل له نصالاً، فضاع المصحف أو ضاع السكين، لم يضمن لأَنه لم يستأجره على أن يعمل فيهما، بل في غيرهما.

ولو اختلف الأَجير وصاحب الثوب فقال الأجير: رددت، وأنكر صاحبه فالقولُ قولُ الأَجير في قول / أبي حنيفة؛ لأنه أمين عنده في القبض، والقول قول الأَمين مع اليمين، ولكن لا يصدق في دعوى الأجر، وعندهما القولُ قولُ صاحب الثوب، لأن الثوبَ قَدْ دَخَلَ في ضمانه عندهما، فلا يصدق على الرد إلا ببينة، وإن كان الأجير خاصًا فما في يده يكون أمانة في قولهم جميعاً، حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن، أما على أصل أبي حنيفة فلأنه لم يوجد منه صنع يصلح سبباً لوجوب الضمان؛ لأن القبض حصل بإذن المالك.

٢/٢٣٨ ب

وأما على أصلهما، فلأن وجوب الضمان، فلأن وجوب الضمان في الأجير المشترك ثبت استحساناً؛ صيانةً لأموال الناس، ولا حاجة إلى ذلك في الأجير الخاص؛ لأن الغالب أنه يسلم نفسه ولا يتسلم المال، فلا يمكنه الخيانة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الثاني: وهو بيان ما يغيره من صفة الأمانة إلى الضمان، فالمغير له أشياء، منها: ترك الحفظ لأن الأجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان؛ كالمودع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على، ما نذكره في «كتاب الوديعة»، إن شاء الله تعالى.

ومنها: الإتلاف والإفساد إذا كان الأجير متعدياً فيه؛ بأن تعمد ذلك أو عنف في الدق، سواء كان مشتركاً أو خاصًا، وإن لم يكن متعدياً في الإفساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده، فإن كان الأجير خاصًا لم يضمن بالإجماع، وإن كان مشتركاً كالقصار إذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه في النور فاحترق، أو الملاح غرقت السفينة من عمله، ونحو ذلك؛ فإنه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا يضمن، وهو أحد قولي الشافعي.

وجه قول زفر: أن الفساد حصل بعمل مأذون فيه، فلا يجب الضمان كالأجير الخاص والمعين، والدليل على أنه حصل بعمل مأذون فيه أنه حصل بالدق، والدقُّ مأذون فيه، ولئن لم يكن مأذوناً فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد؛ لأنه ليس في وسعه الدق

المصلح، فأشبه الحجام والبزاغ، ولئن كان ذلك في وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله إلا بحرج، والحرجُ منفيٌّ، فكان ملحقاً بما ليس في الوسع.

ولنا أن المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد؛ لأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله ولا يلتزم الأجرة بمقابلة ذلك، فيتقيد الأمر بالمصلح دلالة، وقوله: لا يمكنه التحرز عن الفساد، ممنوع؛ بل في وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك، وهو بذل المجهود في النظر في آلة الدق ومحله وإرسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة في العمل والمهارة في الصنعة، وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد، فلما حصل دل أنه قصر كما نقول في الاجتهاد في أمور الدين إلا أن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤاخذ الخاطىء والناسي بالضمان.

وقوله: لا يمكنه التحرز عن الفساد إلا بحرج مسلم لكن الحرج إنما يؤثر في حقوق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ بالإسقاط لا في حقوق العباد؛ وبهذا فارق الحجام والبزاغ؛ لأن السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها، ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد، فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية، فلا يتقيد العقد بشرط السلامة.

وأما الأجير الخاص، فهناك وإن وقع عمله إفساداً حقيقة إلاَّ أن عمله يلتحق بالعدم شرعاً؛ لأنه لا يستحق الأجرة بعمله بل بتسليم نفسه إليه في المدة فكأنه لم يعمل.

وعلى هذا الخلاف الحمال إذا زلقت رجله في الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله؛ ولو زحمه الناس حتى فسد، لم يضمن بالإجماع؛ لأنه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك، فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب، ولو كان الحمال هو الذي زاحم الناس حتى انكسر، يضمن عند أصحابنا الثلاثة.

وكذلك الراعي المشترك إذا ساق الدواب على السرعة، فازدحمن على القنطرة أو على الشط، فدفع بعضُها بعضاً؛ فسقط في الماء فعطب؛ فعلى هذا الخلاف.

ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه إياها، فإن ساق سوقاً معتاداً، أو ضرب ضرباً معتاداً فعطبت، فهو على الاختلاف، وإن ساق أو ضرب سوقاً وضرباً بخلاف العادة، يضمن بلا خلافٍ؛ لأن ذلك إتلاف على طريق التعدي، ثم إذا تخرق الثوب من عمل الأجير حتى ضمن لا يستحق الأجرة، لأنه ما أوفى المنفعة، بل المضرة، لأن إيفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد، وفي الحمال إذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه، وإن شاء في الموضع الذي فسد أو هلك وأعطاه الأجر إلى ذلك / الموضع.

٢/ ٢٣٩ أ

وروي عن أبي حنيفة أنه لا خيار له، بل يضمنه قيمته محمولاً في الموضع الذي فسد أو هلك، أما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأنه وجد جهتا الضمان القبض والإتلاف، فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض، وله أن يضمنه بالإتلاف يوم الإتلاف.

أما على أصل أبي حنيفة ففيه إشكال؛ لأن عنده الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض، فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الإتلاف، فيجب أن تعتبر قيمته[1] يوم الإتلاف، ولا خيار له فيما يروى عنه.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان أحدهما الإتلاف، والثاني: العقد؛ لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه، وذلك بالعمل المصلح وقد خالف، والخلاف من أسباب وجوب الضمان، فثبت له الخيار إن شاء ضمنه بالعقد، وإن شاء بالإتلاف.

والثاني: أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر التالف، فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع، فيثبت له الخيار إن شاء رضي بتفريقها، وإن شاء فسخ العقد، ولا يكون ذلك إلا بالتخيير، ولو كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً، فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه. ولا قوده، ولا يضمن بنو آدم من وجه الإجارة، ولا يشبه هذا المتاع؛ لأن ضمان بني آدم ضمان جناية، وضمان الجناية لا يجب بالعقد، دلت هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك يضمنه بالعقد، لا بالإفساد والإتلاف؛ لأن ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي، وإن وجب الضمان فيه بالخلاف لا بالإتلاف.

وذكر بشر في نوادره عن أبي يوسف في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من أيِّ الدق تخرق، وقد كان صحيحاً قبل أن يدقاه، قال: على القصار نصف القيمة.

وقال ابن سماعة عن محمد: أَنَّ الضمان كلُه على القصار؛ حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما، فمحمد مر على أصلهما أن الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين، فلا يخرج عن ضمانه إلا بيقين مثله، وهو أن يعلم أن التخرق حصل بفعل غيره.

ولأبي يوسف أن الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار، واحتمل أنه من فعل صاحب الثوب، فيجب الضمان على القصار في حالٍ ولا يجب في حالٍ، فلزم اعتبار الأحوال فيه، فيجب نصف القيمة.

---

(١) في ط: قيمة.

وقالوا: في تلميذ الأجير المشترك إذا وطىء ثوباً من القصارة فخرقه يضمن؛ لأن وطء الثوب غير مأذونٍ فيه، ولو وقع من يد سراج فأحرق ثوباً من القصارة، فالضمان على الأستاذ، ولا ضمان على التلميذ؛ لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه، فينتقل عمله إلى الأستاذ كأنه فعله[١] بنفسه، فيجب الضمان عليه.

ولو دق الغلام، فانقلب الكودين من غير يده فحرق ثوباً من القصارة، فالضمان على الأُستاذ، لأن هذا من عمل القصارة، فكان مضافاً إلى الأُستاذ، فإن كان ثوباً وديعة عند الأستاذ، فالضمان على الغلام؛ لأن عمله إنما يضاف إلى الأَستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه، وهو إنما يملك ذلك في ثياب القصارة، لا في ثوب الوديعة، فبقي مضافاً إليه، فيجب عليه الضمان كالأجنبي، وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة، فأحرقه، فالضمان على الغلام لما قلنا.

وذكر في الأَصل لو أن رجلاً دعى قوماً إلى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا، وكذلك لو جلسوا على وسادته[٢]؛ لأنه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة، فالمتولد منه لا يكون مضموناً. ولو وطئوا آنيةً من الأواني ضمنوا؛ لأَن هذا مما لا يؤذن في وطئه وكذلك إذا وطئوا ثوباً لا يبسط مثله، ولو قلبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا؛ لأن ذلك عمل مأذون فيه، ولو كان رجل منهم مقلداً سيفاً فخَرق السيف الوسادة لم يضمن؛ لأنه مأذون فيه الجلوس على هذه الصفة، ولو جفف القصار ثوباً على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته، فلا ضمان على القصار، والضمان على سائق الحمولة؛ لأَن الجناية من السائق؛ لأَن المشي في الطريق مقيد بالسلامة، فكان التلف مضافاً إليه، فكان الضمان عليه.

ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت، أو كبحها باللجام فعطبها ذلك؛ فإنه ضامن إلا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعد في الضرب المعتاد والكبح المعتاد.

وجه قولهما: إن / ضرب الدابة وكبحها معتادٌ متعارفٌ، والمعتاد[٣] كالمشروط، ولو شرط ذلك لا يضمن؛ كذا هذا. ٢/٢٣٩ ب

ولأَبي حنيفة أن كل واحد منهما من الضرب والكبح [غير][٤] مأذون فيه؛ لأَن العقد لا يوجب الاذن بذلك؛ لإِمكان استيفاء المنافع بدونه، فصار كما لو كان ذلك من أجنبي؛ على أنا

(١) في أ: عمله.
(٢) في ط: وسادة.
(٣) في أ: والمعروف.
(٤) سقط في ط.

إن سلمنا[١] أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة؛ لأَنه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيراً فيه، فأشبه ضربه لزوجته، ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة، على أن كونه مأذوناً فيه لا يمنع وجوب الضمان إذا كان [مقيداً][٢] بشرط السلامة على ما ذكرنا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومنها: الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان إذا وقع غصباً؛ لأن الغصب سبب لوجوب الضمان، وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون في الجنس، وقد يكون في القدر، وقد يكون في الصفة، وقد يكون في المكان، وقد يكون في الزمان، والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استئجار الدواب، وقد يكون في استئجار الصناع كالحائك والصباغ والخياط، خلا المكان.

أما استئجار الدواب، فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة، فإن كان الخلاف فيه في الجنس، ينظر إن كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل، يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل، فإن كان الضرر في الثاني أكثر، يضمن كل القيمة إذا عطبت الدابة؛ لأنه يصير غاصباً لكلها، وإن كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الأول أو أقل، لا يضمن عندنا؛ لأن الإِذن بالشيء إذن بما هو مثله أو دونه، فكان مأذوناً بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن، وإن كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل، بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف، من حيث الخفة والثقل؛ وإنما يعتبر من ذلك الوجه لأن ضرر الدابة من ذلك الوجه، وإن كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدرة، ويجب الضمان بقدرة؛ لأن الغصب يتحقق بذلك القدر، وإن كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل، وإن كان الخلاف في الصفة وضرر الدابة ينشأ منها، يعتبر الخلاف فيها ويبني الضمان عليها.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا استأجر دابةً ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير، فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فعطبت، يضمن قيمتها؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير وليست[٣] من جنسه، فلم يكن مأذوناً فيه أصلاً، فصار غاصباً كل الدابة متعدياً عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه، لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان؛ لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصباً، ولا أجرة على الغاصب على أصلنا؛ ولأن المضمونات[٤] تملك على أصل أصحابنا، وذا يمنع وجوب الأجرة عليه، ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلاً آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت ـ لا يضمن.

---

(١) في أ: قلنا.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: وليس.
(٤) في أ: المغصوبات.

وكذلك مَنِ استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً سماه، فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض، وكذلك إن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة فحمل عليها قفيزاً[١] من شعير، وكذا إذا استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً [فزرع نوعاً][٢] آخر ضرره أقل من ضرر المسمى، وهذا كله استحسان، وهو قول أصحابنا الثلاثة، والقياس أن يضمن وهو قول زفر؛ لأن الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب.

ولنا: أن الخلاف إلى مثله أو إلى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافاً معنى؛ لأن الثاني إذا كان مثله في الضرر كان الرضا بالأول رضا بالثاني، وإذا كان دونه في الضرر، فإذا رضي بالأول كان بالثاني أرضى، فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل، أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة؛ أنه لا يصير مخالفاً [لما قلنا][٣]؛ كذا هذا.

ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة، فحمل عليها أحد عشر، فإن سلمت، فعليه ما سمى من الأجرة ولا ضمان عليه، وإن عطبت ضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة، وهو قول عامة العلماء.

وقال زفر وابن أبي ليلى: يضمن قيمة كل الدابة؛ لأن التلف حصل بالزيادة، فكانت الزيادة علة التلف.

ولنا أن تلف الدالة حصل بالثقل والنقل بعضه مأذون فيه، وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر جزءاً، فيضمن بقدر ذلك.

وَنَظِير هذا / ما قال أصحابنا في حائط بين شريكين أثلاثاً، مال إلى الطريق، فأشهد على أحدهما دون الآخر، فسقط الحائط على رجل فقتله، فعلى الذي أشهد عليه قدر نصيبه، لأنه مات من ثقل الحائط، وثقل الحائط أثلاث؛ كذا هذا، وعليه الأجر لأنه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم، وإنما خالف في الزيادة وأنها استوفيت من غير عقدٍ فلا أجر لها. ٢/ ٢٤٠ أ

وكذا لو استأجر سفينة ليطرح فيها عشرة أكرار[٤]، فطرح فيها أحد عشر فغرقت السفينة؛

(١) في أ: قدراً.
(٢) سقط في ط.
(٣) سقط في ط.
(٤) الأكرار: مفردها: كُرٌّ؛ وهو مكيال لأهل العراق، أو ستون قفيزاً، أو أربعون إردبًا. المعجم الوسيط (كرر).

أنه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء، وعند زفر وابن أبي ليلى: يضمن قيمة كل السفينة؛ لأن التلف حصل بقدر الزيادة فهي علة التلف.

ألا ترى أنه لو لم يزد لما حصل التلف، والجواب أن هذا ممنوع، بل التلف حصل بالكل؛ ألا ترى أن الكر الزائد لو انفرد لما حصل به التلف، فثبت أن التلف حصل بالكل، والبعض مأذون فيه، والبعض غير مأذون فيه، فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه، وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان وصار كمسألة الحائط.

ولو استأجر دَابَّةً ليحمل عليها مائة رطلٍ من قطن، فحمل عليها مثل وزنه حديداً أو أقل من وزنه، فعطبت الدابة، يضمن[1] قيمتها؛ لأن ضرر الدابة ههنا ليس للثقل، بل للانبساط والاجتماع؛ لأن القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها، فلم يكن مأذوناً فيه، فصار غاصباً فيضمن ولا أجرة عليه لما قلنا.

وكذلك إذا استأجر ليحملها حنطة، فحمل عليها حطباً أو خشباً أو آجراً أو حديداً أو حجارةً؛ أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهر الدابة أو أعقر له حتى عطبت، يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا.

ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها، أو استأجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت، ضمن، لأن الجنس قد اختلف، وقد يكون الضرر في أحدهما أكثر، ولو استأجرها ليركبها فأركبها من هو مثله في الثقل أو أخف منه، ضمن؛ لأن الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل، بل من حيث الحذق والعلم، فإن خفيف البدن إذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة، والثقيل الذي يحسن الركوب لا يضر بها، فإذا عطبت علم أن التلف حصل من حذقه بالركوب، فضمن ولا أجر عليه لما قلنا.

ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه، فأركب معه غيره فعطبت، فهو ضامن لنصف قيمتها، ولا يعتبر الثقل ههنا؛ لأن تلف الدابة ليس من ثقل[2] الراكب، بل من قلة معرفته بالركوب، فصار تلفها بركوبها بمنزلة تلفها بجراحتها، وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه، فيضمن نصف قيمتها، وصار كحائط بين شريكين أثلاثاً أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة. فقتلت رجلاً، فعلى الذي أشهد عليه نصف ديته، وإن كان نصيبه من الحائط أقل من النصف؛ لأن التلف ما حصل بالثقل، بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة في حكم

---

(١) في ط: لا يضمن.

(٢) في أ: فعل.

الضمان؛ كمن جرح إنساناً جراحة وجرحه آخر جراحتين، فمات من ذلك، كان الضمان عليها نصفين؛ كذا ههنا؛ وعليه الأجرة لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو إركاب الغير غير أن الزيادة استوفيت من غير عقدٍ، فلا يجب بها الأجر.

هذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين؛ فإن كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها؛ لأنه أتلفها بإركاب غيره.

ولو استأجر حماراً بإكاف[1] فنزعه منه وأسرجه فعطب، فلا ضمان عليه؛ لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الإكاف؛ ولو استأجر حماراً بسرج فنزع منه السرج وأوكفه فعطب، ذكر في الأصل أنه يضمن قدر ما زاد الإكاف على السرج، ولم يذكر الاختلاف؛ وذكر في «الجامع الصغير» أنه يضمن كل القيمة في قول أبي حنيفة؛ وفي قولهما يضمن بحساب الزيادة.

وجه قولهما أن الإكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة، وإنما يختلفان بالثقل والخفة؛ لأن الإكاف أثقل فيضمن بقدر الثقل؛ كما لو استأجره بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الأول فعطب؛ أنه يضمن بقدر الزيادة؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن الإكاف لا يخالف السرج في الثقل؛ وإنما يخالفه من وجه آخر وهو أن يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج؛ ولأن الدابة التي لم تألف الإكاف يضربها الإكاف؛ والخلاف إذا لم يكن / للثقل يجب به جميع الضمان؛ كما إذا حمل مكان القطن الحديد ونحو ذلك؛ بخلاف ما إذا بدل السرج بسرج [آخر][2] أثقل منه، والإكاف بإكاف أثقل منه؛ لأن التفاوت هناك من ناحية الثقل، فيضمن بقدر الزيادة، كما في الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مَرَّ.

٢/ ٢٤٠ ب

ولو استأجر حماراً عارياً فأسرجه ثم ركبه[3] فعطب، كان ضامناً؛ لأن السرج أثقل على الدابة، وقيل هذا إذا استأجره ليركبه في المصر وهو من غرض الناس ممن يركب في المصر بغير سرج، فأما إذا استأجره ليركبه خارج المصر أو هو من ذوي الهيئات، لا يضمن؛ لأن الحمار لا يركب من بلدٍ إلى بلدٍ بغير سرجٍ ولا إكافٍ؛ وكذا ذو الهيئة، فكان الإسراج مأذوناً فيه دلالةً، فلا يضمن.

وإن استأجر حماراً بسرج فأسرجه بغيره؛ فإن كان سرجاً يسرج بمثله الحمر فلا ضمان

---

(١) الإكاف: برذعة الحمار وغيره. المعجم الوسيط (أكف).
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: ركب.

عليه، وإن كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامنٌ، لأن الثاني إذا كان مما يسرج بمثله[١] الحمر لا يتفاوتان في الضرر، فكان الإذن بأحدهما إذناً بالآخر دلالةً، وإذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بأن كان سرجاً كبيراً كسروج البراذين، كان ضرره أكثر، فكان [ذلك][٢] إتلافاً للدابة فيضمن.

وكذلك إن لم يكن عليه لجام فألجمه، فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام، وكذلك إن أبدله؛ لأن الحمار لا يتلف بأصل اللجام، فإذا كان الحمار قد يلجم بمثله أو أبدله بمثله لم يوجد منه الإتلاف ولا الخلاف، فلا يضمن.

وأما الخلاف في المكان فنحو أن يستأجر دابةً للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم، فجاوز ذلك المكان، وحكمه أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستأجر في ضمانه، حتى لو عطب قبل العود إلى المكان المأذون فيه يضمن كل القيمة، ولو عاد إلى المكان المأذون فيه هل يبرأ عن الضمان؟ كان أبو حنيفة أولاً يقول: يبرأ كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا، ثم رجع وقال: لا يبرأ حتى يسلمها إلى صاحبها سليمة؛ وكذلك العارية؛ بخلاف الوديعةِ.

وجه قول الأول أن الشيء أمانةٌ في يده؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه، فكانت يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فأشبه الوديعة، ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق، يرجع على المؤاجر كالمودع سواء بخلاف المستعير، فإنه لا يرجع.

وجه قوله الآخر أن يد المستأجر يد نفسه؛ لأنه قبض الشيء لمنفعة نفسه، فكانت يده يد نفسه لا يد المؤجر؛ وكذا يد المستعير لما قلنا، وإذا كانت يده يد نفسه فإذا ضمن بالتعدي لا يبرأ من ضمانه إلا برده إلى صاحبه، لأنه لا تكون الإعادة إلى المكان المأذون فيه ردًّا إلى يد نائب المالك، فلا يبرأ من الضمان، بخلافِ الوديعةِ؛ لأَن يد المودع يد المالك لا يد نفسه.

ألا ترى أنه لا ينتفع بالوديعة، فكان العود إلى الوفاق ردًّا إلى يد نائب المالك، فكان رَدًّا إلى المالك معنى فهو الفرق.

وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان، فليس ذلك لكون يده يد المؤاجر، بل لأنه صار مغروراً من جهته كالمشتري إذا استحق المبيع من يده أنه يرجع على البائع بسبب الغرور؛ كذا هذا.

---

(١) في ط: به.

(٢) سقط في ط.

ولو استأجرها ليركبها إلى مكان عينه، فركبها إلى مكان آخر، يضمن إذا هلكت، وإن كان الثاني أقرب من الأول؛ لأنه صار مخالفاً لاختلاف الطرق إلى الأماكن، فكان بمنزلة اختلاف الجنس، ولا أجرة عليه؛ لما قلنا.

ولو ركبها إلى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر، ينظر: إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن؛ لأنه لم يصر مخالفاً، وإن كانوا لا يسلكونه يضمن إذا هلكت لصيرورته مخالفاً غاصباً بسلوكه، وإن لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة إلى صاحبها، فعليه الأجر.

ولو استأجرها ليركبها أو ليحمل عليها إلى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئاً، فعليه الأجر؛ لأنه سلم المنافع إليه بتسليم محلها إلى المكان المعلوم، فصار كما لو استأجر داراً ليسكنها، فسلم المفتاح إليه، فلم يسكن حتى مضت المدة ـ أنه يجب الأجرة لما قلنا؛ كذا هذا.

ولو أمسك الدابة في الموضع الذي استأجرها ولم يذهب بها إلى الموضع الذي استأجرها إليه، فإن أمسكها على قدر ما يمسك الناس إلى أن يرتحل فهلكت[1] فلا ضمان عليه؛ لأن حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادةً، فكان مأذوناً فيه / دلالة، وإن حبس مقدار ما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فعطب، يضمن، لأنه خالف في المكان بالإِمساك الخارج عن العادة، فصار غاصباً فيضمن إذا هلك ولا أجرة عليه لما قلنا. ٢/٢٤١ أ

وإن لم تهلك فأمسكها في بيته، فلا أجر عليه لما مرَّ أن الأجر بمقابلة تسليم الدابة في جميع الطريق، ولم يوجد، بخلاف ما إذا استأجرها عشرة أيام ليركبها، فحبسها ولم يركبها حتى ردَّها يوم العاشر؛ أن عليه الأجرة، ويسع لصاحبها أن يأخذ الكراء، وإن كان يعلم أنه لم يركبها لأن استحقاق الأجرة في الإِجارات على الوقت بالتسليم في الوقت، وقد وجد، فتجب الأجرة؛ كما في إِجارة الدار ونحوها بخلاف الإِجارة على المسافة، فإن الاستحقاق هناك بالتسليم في جميع الطريق، ولم يوجد، فلا يجب.

وأما الخلاف في الزمان؛ فنحو أن يستأجر دابةً ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة، فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت في يده ضمن؛ لأنه صار غاصباً بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة.

وأما استئجار الصناع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم، فالخلاف إن كان في

---

(١) في ط: فهلك.

الجنس بأن دفع ثوباً إلى صباغ ليصبغه لوناً فصبغه لوناً آخر، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للأجير، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد.

أما خيار التضمين فلفوات غرضه؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان، فله أن يضمنه، قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة، فصار متلفاً الثوب عليه، فكان له أن يضمنه، وإن شاء أخذ الثوب؛ لأن الضمان وجب حَقًّا له، فله أن يسقط حقه ولا أجر له؛ لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأساً؛ حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلاً، فلا يستحق الأجر؛ كالغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ بما يزيد، كالحمرة والصفرة ونحوهما؛ لأنه عينُ مالٍ قائم بالثوب، فلا سبيل إلى أخذه مجاناً بلا عوضٍ، فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه؛ رعايةً للحقينَ، ونظراً للجانبين[1] كالغاصب.

وإن كان الصبغ مما لا يزيد[2] كالسواد على أصل أبي حنيفة، فاختار أخذ الثوب، لا يعطيه شيئاً، بل يضمنه نقصان الثوب في قول أبي حنيفة، بناءً على أن السواد لا قيمة له عنده، فلا يزيد بل ينقص، وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الألوان.

ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطةً فزرعها رطبة ضمن ما نقصها؛ لأن الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان؛ إذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع، وكذا الرطبة تضر بالأرض ما لا يضرها الزرع، فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصباً إياها، بل متلفاً ولا أجر له؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان.

وقال هشام عن محمد في رجل أَمَرَ إِنساناً أن ينقش في فضة اسمه، فنقش اسم غيره؛ أنه يضمن الخاتم؛ لأنه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به، فصار كالتلف إياه، قال: وإذا أمر رجلاً أن يحمر له بيتاً فخضره، قال محمد: أعطيه ما زادت الخضرة فيه ولا أجرة له؛ لأنه لم يعمل ما استأجره عليه رأساً فلا يستحق الأجرة، ولكن يستحق قيمة الصبغ الذي زاد في البيت لما مَرَّ.

ولو دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم، فخاطه قباء، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله، لا يجوز به ما سمى؛ لأن القباء والقميص مختلفان في الانتفاع، فصار مفوتاً منفعة مقصودة، فصار متلفاً الثوب عليه، فله أن يضمنه وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله؛ لما قلنا.

---

(١) في ط: من الجانبين.

(٢) في أ: يؤثر.

وإذا كان الخلاف في الصفة نحو أن دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر، لكنه من جنس ذلك اللون، فلصاحب[١] الثوب أن يضمنه قيمته أبيض ويسلم إليه الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله، لا يجاوز به ما سمى.

أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس، وإنما وجب الأجر ههنا لأن الخلاف في الصفة لا يخرج العمل مِنْ أن يكون معقوداً عليه، فقد أتى بأصل المعقود عليه إلا أنه لم يأت بوصفه، فمن حيث إنه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى، ومن حيث إنه أتى بالأصل وجب أجر المثل، ولا يجاوز به المسمى؛ لأن هذا شأن أجر المثل لما نذكر، إن شاء الله تعالى.

وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجلٍ شبهاً ليضرب له طشتاً موصوفاً معروفاً، فضرب له كوزاً، قال: إن شاء ضمنه مثل شبهه / ويصير الكوز للعامل، وإن شاء أَخْذَهُ وأعطاه أجر مثله عمله، لا يجاوز به ما سمى؛ لأن العقد وقع على الضرب، والصناعة صفة، فقد فعل المعقود عليه بأصله وخالف في وصفه، فيثبت للمستعمل الخيار. ٢/٢٤١ ب

وعلى هذا إذا دفع إلى حائك غزلاً ليحوك له ثوباً صفيقاً، فحاك له ثوباً رفيقاً، أو شرط عليه أن يحوك له ثوباً رقيقاً فحاكه صفيقاً؛ أن صاحب الغزل[٢] بالخيار: إن شاء ضمنه غزله، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله، لا يجاوز ما سمى.

وذكر في الأصل إذا دفع خفه إلى خفافٍ لينعله فأنعله بنعلٍ لا ينعل بمثله الخفاف، فصاحب الخف بالخيار: إن شاء ضمنه خفه [بغير نعل][٣]، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله في عمله وقيمة النعل، لا يجاوز به ما سمى، وإن كان ينعل بمثله الخفاف، فهو جائز وإن لم يكن جيداً.

وأما ثبوت الخيار إذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف، فلأنه لم يأت بالمأمور به رأساً، بل أتى بالمأمور به ابتداءً، فصار كالغاصب إذا أنعل الخف المغصوب، فكان للمالك أن يضمنه كالغاصب، وله أن يأخذ الخف؛ لأن ولاية التضمين تثبت لحق المالك، فإذا رضي بالأخذ كان له ذلك، وإذا أخذ أعطاه أجر مثله، لأنه مأذون في العمل، وقد أتى بأصل العمل، وإنما خالف في الصفة، فله أن يختاره ويعطيه أجر المثل ولا يعطيه المسمى؛ لأن ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يأت بالصفة، ويعطيه ما زاد النعل؛ لأنه عين مال قائمٍ للخفاف، فصار بمنزلة

---

(١) في ط: فصاحب.
(٢) في أ: الثوب.
(٣) سقط في ط.

الصبغ في الثوب، وإنما جعل الخيار في هذه المسائل إلى صاحب الخف والثوب؛ لأنه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أَوْلَى، وإن كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائزٌ، وإن لم يكن جيداً، لأن الإِذن يتناول أدنى ما يقع عليه الاسم وقد وجد.

ولو شرط عليه جيداً فأنعله بغير جيد، فإن شاء ضمنه قيمة الخف، وإن شاء أخذ الخف وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه، ولا يجاوز به ما سمى؛ لأن الرديءَ من جنس الجيد، ويثبت الخيار لفوات الوصف المشروط.

وإن كان الخلاف في القدر نحو ما ذكر محمد في الأصل في رجل دفع غزلاً إلى حائكٍ ينسجه له سبعاً في أربع، فخالف بالزيادة أو بالنقصان، فإن خالف بالزيادة على الأصل المذكور، فإن الرجل بالخيار إِن شاء ضمنه مثل غزله وسلم الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر المسمى.

أما ثبوت الخيار فلأنه لم يحصل له غرضه؛ لأن الزيادة في قدر الذراع توجب نقصاناً في الصفة، وهي الصفاقة، فيفوت غرضه فيثبت له الخيار، وإن شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة، وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر الذي سماه؛ لأنه أتى بأصل العمل الذي هو معقود عليه، وإنما خالف في الصفة، والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من أن يكون معقوداً عليه، كمن اشترى شيئاً فوجده معيباً، حتى كان له أن يأخذه مع العيب، وإن كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان:

ذكر في الأصل أن له أن يأخذه ويعطيه من الأجر بحسابه، وذكر في رواية أخرى أن عليه أجر المثل.

وجه هذه الرواية أنه لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب، فصار كأنه عمل بحكم إجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى.

وجه رواية الأصل أن العقد وقع على عمل مقدر، ولم يأت بالمقدر فصار كما لو عقد على نقل كر من طعام إلى موضع كذا بدرهمٍ، فنقل بعضه، أنه يستحق من الأجر بحسابه، فكذا ههنا.

وإن أوفاه الوصف وهو الصفاقة والذراع وزاد فيه، فقد روى هشام عن محمدٍ أن صاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى، ولا يزيد للذراع الزائد شيئاً، أما ثبوت الخيار فلتغير الصفة إذ الإنسان قد يحتاج إلى الثوب القصير ولا يحتاج إلى الطويل فيثبت له الخيار؛ ولأنه إذا زاد في طوله فقد استكثر من

الغزل، فإن أخذه فلا أجر له في الزيادة؛ لأنه متطوع[١] فيها حيث عملها بغير إذن [صاحب الثوب][٢]، فكان متبرعاً، فلا يستحق الأَجر عليها.

وذكر في الأصل إذا أعطى صباغاً ثوباً ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم، فصبغه بقفيز عصفر وأقر رَبُّ الثوب بذلك، فإن رب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فيه مع الأجر، وذكر القدوري أن مشايخنا ذكروا تفصيلاً فقالوا إن هذا على وجهين: إن كان صبغه أولاً بربع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز / ، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر المسمى، وما زاد لثلاثة أرباع القفيز في الثوب؛ لأنه لما أفرده بالصبغ المأذون فيه أولاً، وهو ربع الهاشمي، فقد أوفاه المعقود عليه وصار متعدياً بالصبغ الثاني، كأنه غصب ثوباً مصبوغاً بالربع ثم صبغه بثلاثة أرباع، فيثبت له الخيار: إن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى؛ لأنه سلم له الصبغ المعقود عليه، فيلزمه المسمى، ويعطيه ما زاد الصبغ الثاني فيه؛ لأنه عين مال قائمة للصباغ في الثوب، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغاً بربع القفيز ووجب له الأجر؛ لأن الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه، لكن [لم][٣] يكمل القبض فيه لأنه لم يصل إلى يده، فكان مقبوضاً من وجهٍ دون وجهٍ، فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة، وله أن يضمنه ويضمن الأجر.

٢٤٢/٢ أ

وإن كان صبغه ابتداءً بقفيزٍ، فله ما زاد الصبغ ولا أجر له؛ لأنه لم يوف بالعمل المأذون فيه، فلم يعمل المعقود عليه، فيصير كأنه غصب ثوباً وصبغه بعصفر.

وروى ابن سماعة عن محمدٍ خِلَافَ ذلك؛ وهو أَنَّ له أن يأخذ الثوب ويغرم الأجر وما زاد العصفر فيه، مجتمعاً كان أو متفرقاً؛ لأن الصبغ لا يتشرب في الثوب دفعة واحدة، بل شيئاً فشيئاً فيستوي فيه الاجتماع والافتراق.

وأما الإِجارة الفائدة وهي التي فاتها شرط من شروط الصحةِ، فحكمها الأصلي هو ثبوت الملك للمؤاجر في أجر المثل لا في المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكاً فاسداً؛ لأن المؤاجر لم يرض باستيفاء المنافع إلا ببدل، ولا وجه إلى إيجاب المسمى لفساد التسمية، فيجب أجر المثل؛ ولأن الموجب الأصل في عقود المعاوضات هو القيمة؛ لأن مبناها على المعادلة والقيمة هي العدل، إلا أنها مجهولة لأنها تعرف بالحرز والظن، وتختلف باختلاف

---

(١) في ط: مقطوع.
(٢) في أ: صاحبها.
(٣) سقط في ط.

المقومين، فيعدل منها إلى المسمى عند صحة التسمية؛ فإذا فسدت وجب المصير إلى الموجب الأصلي وهو أجر المثل ههنا؛ لأنه قيمة المنافع المستوفاة إلا أنه لا يزاد على المسمى في عقد فيه تسمية عند أصحابنا الثلاثة.

وعند زفر يزاد ويجب بالغاً ما بلغ، بناءً على أن المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعاً بأنفسها، وإنما تقوم بالعقد بتقويم العاقدين، والعاقدان ما قوماها إلا بالقدر المسمى، فلو وجبت الزيادة على المسمى، لوجبت بلا عقدٍ، وإنها لا تتقوم بلا عقدٍ، بخلاف البيع الفاسد، فإن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بقيمته بالغاً ما بلغ، لأن الضمان هناك بمقابلة العين، والأعيان متقومة بأنفسها، فوجب كل قيمتها، وفي قول زفر؛ وبه أخذ الشافعي هي متقومة بأنفسها بمنزلة الأعيان، فكانت مضمومة بجميع قيمتها كالأعيان.

هذا إذا كان في العقد تسمية فأما إذا لم يكن فيه تسمية؛ فإنه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ بالإجماع؛ لأنه إذا لم يَكُنْ فيه تسمية الأجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدلٍ، كان ذلك تمليكاً بالقيمة التي هي الموجب الأصلي دلالةً، فكان تقويماً للمنافع بأجر المثل، إذ هو قيمة المنافع في الحقيقة، ولا يثبت في هذه الإجارة شيء من الأحكام التي هي من التوابع، إلا ما يتعلق بصفة المستأجر له فيه، وهي كونه أمانة في يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن المستأجر لحصول الهلاك في قبض مأذون فيه من قبل المؤاجر.

وأما الإجارة الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد، فلا حكم لها رأساً؛ لأنَّ ما لا يَنْعَقِدُ فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة، وهو تفسير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه، والله أعلم.

فصل في حكم اختلاف العاقدين

وأما حكم اختلاف العاقدين في عقد الإجارة؛ فإن اختلفا في مقدار البدل أو المبدل والإجارة وقعت صحيحة، ينظر: إن كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفاً، لقول النبيِّ ﷺ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وتَرَادًا»[1] والإجارة نوعُ بيعٍ فيتناولها الحديث.

---

(١) الحديث روي عن ابن مسعود وله طرق كثيرة:

الطريق الأول: من رواية عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار».

أخرجه أحمد (١/ ٤٦٦)، والترمذي (٣/ ٥٧٠): كتاب البيوع: باب ما جاء إذا اختلف البيعان، الحديث (١٢٧٠)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢): كتاب البيوع: باب اختلاف المتبايعين، من طريق محمد بن عجلان، عن =

....

= عون بن عبد الله به.

وأخرجه البيهقي (٥/ ٣٣٢): كتاب البيوع: باب اختلاف المتبايعين، من طريق يعقوب بن عبد الرحمن، عن ابن عجلان، عن عون بن عبد الله بن عتبة، أن ابن مسعود، والأشعث بن قيس تبايعا بيع فاختلفا في الثمن، فقال ابن مسعود: اجعل بيني وبينك من أحببت، فقال له الأشعث: فإنك بيني وبين نفسك، فقال ابن مسعود: إذا أقضى بما سمعت من رسول الله ـ ﷺ ـ سمعته يقول وذكر مثله.

قال الترمذي: (هذا حديث مرسل، عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود)، وهكذا قال البيهقي. وزاد: (وقد رواه الشافعي عن ابن عيينة عن ابن عجلان في رواية الزعفراني والمزني عنه، ثم قال الزعفراني قال أبو عبد الله ـ يعني الشافعي ـ: هذا حديث منقطع لا أعلم له أحد يصله عن ابن مسعود وقد جاء من غير وجه).

قال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ٢٤٩): عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عم أبيه عبد الله بن مسعود هو مرسل قاله الترمذي والدارقطني وذلك واضح.

الطريق الثاني من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال: «باع عبد الله بن مسعود الأشعث بن قيس سبيا من سبي الإمارة بعشرين ألفاً، فجاءه بعشرة آلاف فقال: إنما بعتك بعشرين ألفاً، قال إنما أخذتها بعشرة آلاف، قال: فإني أرضى في ذلك برأيك، فقال ابن مسعود: إن شئت حدثتك عن رسول الله ـ ﷺ ـ فعلت. قال: أجل. قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: إذا تبايع المتبايعان بيعاً ليس بينهما شهود فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع. قال الأشعث فإني قد رددت عليك».

أخرجه ابن الجارود ص (٢١١ ـ ٢١٢): أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٤)، والدارقطني (٣/ ٢٠): كتاب البيوع، الحديث (٦٥)، كلاهما من رواية عمر بن قيس الماصر، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه، واختلف في سماع عبد الرحمن من أبيه، وكان سفيان الثوري وشريك، وشعبة يقولون: إنه سمع من أبيه، وكذا قال أبو حاتم، وابن معين. وينظر جامع التحصيل (ص ـ ٢٢٣).

وأخرجه الطيالسي (ص: ٥٣)، الحديث (٣٩٩)، وأحمد (١/ ٤٦٦)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣): كتاب البيوع: باب اختلاف المتبايعين، من طريق المسعودي، عن القاسم بن عبد الرحمن قال: بايع عبد الله، فذكر الحديث ولم يذكر أباه عبد الرحمن. وكذلك رواه عبد الرزاق (٨/ ٢٧١)، الحديث (١٥١٨٥)، عن سفيان الثوري، عن معن بن عبد الرحمن عن أخيه القاسم به، والدارقطني (٣/ ٢٠): كتاب البيوع، الحديث (٦٤)، من طريق أبي العميس عتبة بن عبد الله المسعودي قال: سمعت القاسم يذكر عن عبد الله.

الطريق الثالث: من رواية عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس، عن أمية عن جده قال: «اشترى الأشعث رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفاً» فذكر مثله.

أخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٠): كتاب البيوع والإجارات: باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٧٤)، الحديث (٣٥١١)، والنسائي (٧/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣): كتاب البيوع: باب اختلاف المتبايعين في الثمن، وابن الجارود في المنتقى (ص: ٢١٢)، أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٥)، والحاكم (٢/ ٤٥): كتاب البيوع: باب إذا اختلف البيعان، والدارقطني (٣/ ٢٠): كتاب البيوع، الحديث (٦٣)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢): كتاب البيوع: باب اختلاف المتبايعين. =

والرواية الأخرى وهي قوله: «والسلعةُ قائمةٌ بعينها» يتناول بعض أنواع الإِجارة، وهو ما إذا باع عيناً بمنفعة واختلفا فيها، وإذا ثبت التحالف في نوع بالحديث ثبت في الأنواع كلها بنتيجة الإِجماع؛ لأن أحداً لا يفصل بينهما، ولأن التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الأصول، لأن اليمين في أصول الشرع على المنكر، وكل واحد منهما منكر من وجهٍ ومدعٍ من وجه؛ لأن المؤاجر يدعي على المستأجر زيادة الأجرة، والمستأجر منكر، والمستأجر يدَّعي على المؤاجر وجوب / تسليم المستأجر بما يدعي من الأجرة، والمؤاجر ينكر، فكان كل واحد منهما منكراً من وجه، واليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع؛ ولهذا جرى التحالف قبل القبض، فبيع العين والتحالف ههنا قبل القبض؛ لأنهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة، ثم إن كان الاختلاف في قدر البدل، يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه منكر وجوب الأجرة الزائدة، وإن كان في قدر المبدل يُبْدَأُ بيمين المؤاجر؛ لأنه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة.

٢/٢٤٢ ب

وإِذَا تَحالفا تفسخ الإِجارة، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، لأن النكول بذل أو إقرار،

= وقال الحاكم: (صحيح الإسناد)، ووافقه الذهبي، وقال البيهقي: (هذا إسناد حسن موصول)، وقال ابن حزم، في عبد الرحمن (٨/٣٦٨): (إنه مجهول ابن مجهول. قال: ومحمد بن الأشعث لم يسمع من ابن مسعود) وتبعه ابن القطان كما في نصب الراية (٤/ ١٠٥ ـ ١٠٦)، وزاد: (وكذلك جده محمد إلا أنه أشهرهم، وهو أبو القاسم بن الأشعث، روى عنه مجاهد والشعبي والزهري وعمر بن قيس الماصر وسليمان بن يسار، وروى هو عن عائشة، أما روايته عن ابن مسعود فمنقطعة. اهـ).

الطريق الرابع: من رواية القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله بن مسعود قال: سمعت رسول الله ـ ﷺ ـ يقول: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع».

أخرجه الدارمي (٢/ ٢٥٠): كتاب البيوع: باب إذا اختلف المتبايعان، وأبو داود (٣/ ٧٨٣): كتاب البيوع والإجارات: باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، الحديث (٣٥١٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧): كتاب التجارات: باب البيعان يختلفان، الحديث (٢١٨٦)، والدارقطني (٣/ ٢١): كتاب البيوع، الحديث (٧٢)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣): كتاب البيوع: باب اختلاف المتبايعين، كلهم من رواية هشيم، عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه به، إلا أن أبا داود لم يسق متنه بل أحاله على الذي قبله، وقال: (فذكره بمعناه، والكلام يزيد وينقص).

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢١): كتاب البيوع، الحديث (٦٧)، من طريق إسماعيل بن عياش، ثنا موسى بن عقبة عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه عن جده مرفوعاً: «إذا اختلف المتبايعان في البيع والسلعة كما هي لم تستهلك فالقول قول البائع، أو يترادان البيع» ورواه الحسن بن عمارة عن القاسم عن أبيه أيضاً، لكنه أتى فيه بسياق مخالف فقال: «إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع، فإذا استهلك فالقول قول المشتري».

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢١): كتاب البيوع، الحديث (٦٦)، والحسن بن عمارة متروك ساقط، ورواه أحمد، عن ابن مهدي، ثنا سفيان عن معن عن القاسم، عن عبد الله بدون ذكر عبد الرحمن بينهما.

والبدل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والإقرار، وأيهما أقام البينة يقضي ببينته؛ لأن الدعوى لا تقابل الحجة.

وإن أقاما جميعاً البينة، فإن كان الاختلاف في البدل فبينه المؤاجر أوْلَى، لأَنها تثبت زيادة الأجرة، وإن كان الاختلاف في المبدل فبينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت زيادة المنفعة، فإن ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر، وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحق من المنفعة؛ بأن قال المؤاجر: أجرتك هذه الدابة إلى القصر بعشرة، وقال المستأجر: إلى الكوفة بخمسة، أو قال المؤاجر: أجرتك شهراً بعشرة، وقال المستأجر: شرين بخمسة؛ فالأمر في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا.

ولو أقاما جميعاً البينة قُبلت بينة كل واحد منهما على الفعل الذي يستحقه بعقد الإجارة، فيكون إلى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة؛ لأن بينة كل واحد منهما تثبت زيادة؛ لأن بينة المؤاجر تثبت زيادة الأجر وبينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة، فتقبل كل واحد منهما على الزيادة التي تثبتها، وإن كان اختلافهما بعدما استوفى المستأجر بعض المنفعة؛ بأن سكن الدار المستأجرة بعض المدة أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة.

ثم اختلفا[1] فالقولُ قولُ المستأجر فيما مضى مع يمينه، ويتحالفان، وتفسخ الإجارة فيما بقي؛ لأن العقد على المنافع ساعة فساعة، على حسب حدوثها شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقوداً عليه مبتدأ، فكان ما بقي من المدة والمسافة منفرداً بالعقد، فيتحالفان فيه، بخلاف ما إذا هَلَكَ بعض المبيع على قول أبي حنيفة أنه لا يثبت التحالف عنده؛ لأن البيع ورد على جملة واحدة وهي العين القائمة للحال، وكل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه مبتدأ، إنما الجملة معقود عليها بعقد واحد، فإذا تَعَذَّرَ الفسخ في قدر الهالك يسقط في الباقي.

وإن كان اختلافَهُمَا بعض مضي وقت الإجارة أو بعد بلوغ المسافة التي استأجر إليها لا يتحالفان فيه، والقولُ قولُ المستأجر في مقدار البدل مع يمينه، ولا يمين على المؤاجر؛ لأن التحالف يثبت الفسخ والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا يثبت التحالف.

وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهرٌ؛ لأن قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف [حتى لا يثبت التحالف][2] في المبيع الهالك، والمنافع ههنا هالكة، فلا يثبت فيها التحالف، وأما محمد فيحتاج إلى الفرق بين المبيع الهالك وبين المنافع الهالكة.

---

(١) في ط: اختلفوا.

(٢) سقط في ط.

ووجه الفرق له أنَّ المنافع غير متقومة بأنفسها على أصلنا[١]، وإنما تتقوم بالعقد، فإذا فسخت الإِجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقدٍ، فلا تتقوم، فلا يثبت التحالف، بخلاف الأعيان فإنها متقومة بأنفسها، فإذا فسخ البيع بالتحالف يبقى المبيع[٢] متقوماً بنفسه في يد المشتري، فيجب عليه قيمته، وإنما كان القولُ قولَ المستأجر؛ لأنه المستحق عليه، والخلاف متى وقع في الاستحقاق، كان القول قول المستحق[٣]، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وإن كان الاختلاف في جنس الأجر؛ بأن قال المستأجر استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة دراهم، وقال الآخر: بدينار، فالحكم في التحالف والنكول وإِقامة أحدهما البينة ما وصفنا، فإن أقاما [جميعاً][٤] البينة، فالبينة بينة المؤاجر، لأنها تثبت الأجرة حقًّا له، وبينة المستأجر لا تثبت الأجرة حقًّا له، فكانت بينة المؤاجر أَوْلَى بالقبول.

ولو اختلفا فقال المؤاجر أجرتك هذه الدابة إلى القصر بدينار، وقال المستأجر إلى الكوفة بعشرة دراهم، وأقاما البينة، فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم؛ لأن الاختلاف إلى القصر وقع في البدل؛ فكانت بينة المؤاجر أَوْلَى لما قلنا، وتثبت الإِجارة إلى القصر بدينار؛ ثم المستأجر يدعي من القصر إلى الكوفة بخمسة؛ لأن القصر نصف الطريق والمؤاجر يجحد هذه الإِجارة، فالبينة المثبتة للإِجارة أولى من النافية.

٢/٢٤٣ أ

وقد روى ابن سماعة عن أبي / يوسف في رجلٍ استأجر من رجل داراً سنةً، فاختلفا فأقام المستأجر البينة أنه استأجر إحدى عشر، شهراً منها بدرهمٍ، وشهراً بتسعة، وأقام البينةَ رَبُّ الدار أَنه أجرها بعشرة.

قال: فإني آخذ ببينة رب الدار لأنه يدعي فضل أجرة في أحد عشر شهراً، وقد أقام على ذلك بينة فتقبل بينته؛ فأما الشهر الثاني عشر فقد أقر المستأجر للمؤاجر فيه بفضل الأجرة فيما ادعى، فإن صدقه على ذلك وإلاَّ سقط الفضل بتكذيبه.

ولو اختلف الخياط وَرَبُّ الثوب فقال رَبُّ الثوب أَمَرْتُكَ أن تقطعه قباء، وَقَالَ الخياط: أمرتني أن أقطعه قميصاً، فالقولُ قولُ رَبِّ الثوب مع يمينه عندنا، والخياط ضامنٌ قيمة الثوب، وإن شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله؛ وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط مع يمينه، واختلف قول الشافعي فقال في موضعٍ مثل قولهما، وقال في موضعٍ: يتحالفان فإذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الأجر.

---

(١) في أ: على ما قلنا.
(٢) في ط: العقد.
(٣) في أ: المستأجر عليه.
(٤) سقط في ط.

وجه قول ابن أبي ليلى: أن صاحب الثوب أقر بالإذن بالقطع، غير أنه يدعي زيادة صفة توجب الضمان وتسقط الأجر، والخياط ينكر، فكان القولُ قوله.

ولنا أن الإذن مستفادٌ مِنْ قِبَلِ صاحب الثوب، فكان القولُ في صفة الإذن قوله، ولهذا لو وقع الخلاف في أصل[1] الإذن بالقطع، فقال صاحبُ الثوب: لم آذن بالقطع، كان القولُ قولَهُ، وكذا إذا قال لم آذن بقطعه قميصاً؛ وقد خرج الجواب عن قول ابن أبي ليلى؛ لأن المأذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع، ولا معنى لأحد قولي الشافعي؛ لأن التحالف وضع للفسخ، ولا يمكن الفسخ ههنا، فلا يثبت التحالف؛ لأن صاحبه يدعي على الخياط الغصب، والخياط يدعي الأجر، وذلك مما لا يثبت فيه التحالف، وإن كان له تضمين الخياط قيمة الثوب، لأنَّ صاحب الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب على الصفة المأذون فيها متصرفاً في ملك غيره بغير إذنه، فصار متلفاً للثوب عليه فيضمن قيمته، وإن شاء رَبُّ الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله.

أما اختيار أخذ الثوب فلأنه أتىٰ بِأَصْل المعقود عليه مع تغير الصفة، فكان لصاحب الثوب الرضا به وإعطاؤه أجر المثل لا المسمى؛ لأنه لم يأت بالمأمور به على الوصف الذي أمر به.

وطريقة أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة القباء والقميص متقاربة؛ لأنه يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص؛ بأن يسد وسطه وإزراره، وإنما يفوت بعض الأغراض، فقد وجد المعقود عليه مع العيب، فيستحق الأجرة، حتى قالوا لو قطعه سراويل لم تجب له الأجرة؛ لاختلاف منفعة القباء والسراويل، فلم يأت المعقود عليه رأساً.

قال القدوري: والرواية بخلاف هذا فإن هشاماً روى أن محمداً قال في رجلٍ دفع إلى رجلٍ شبهاً ليضرب له طشتاً موصوفاً، فضربه كوزاً؛ أن صاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه مثل شبهه والكوز للعامل؛ وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله، لا يجاوز ما سمى، ففي السراويل يجب أن يكون كذلك.

ووجهه ما مر أن العقد وقع على الضرب، والصناعة[2] صفة له، فقد وافق في أصل المعقود عليه وخالف في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار.

وروى ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف في رجل أمر رَجُلاً أن ينزع له ضرساً متآكلاً،

---

(١) في أ: صفة.

(٢) في أ: والصياغة.

فنزع ضرساً متآكلاً، فقال الآمرُ: أمرتك بغير هذا بهذا الأجر، وقال المأمور: أمرتني بالذي نزعت؛ فَإِنَّ أبا حنيفةٍ قال في ذلك: القولُ قولُ الآمرِ مع يمينه لما بينا أَنَّ الأَمر يستفاد من قبله خاصَّةً، فكان القولُ في المأمور به قوله.

وذَكَرَ في الأصل في رجلٍ دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر، ثم اختلفا في الأجر، فقال الصباغ عملته بدرهم، وقال رَبُّ الثوب بدانقين، فإن قامت لهما بينة أخذت بينة الصباغ، وإن لم يقم لهما بينة، فإني أنظر إلى ما زاد العصفر في قيمة الثوب، فإن كان درهماً أو أكثر، أعطيته درهماً بعد أن يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين[1]، وإن كان ما زاد في الثوب من العصفر أقل من دانقين، أعطيته دانقين بعد أن يحلف صاحب الثوب ما صبغته إلا بدانقين، أما إذا قامت لهما بينة فلأن بينة الصباغ تثبت زيادة الأجرة، فكانت أولى بالقبول، وأما إذا لم تقم لهما بينة، فلأن ما زاد العصفر في قيمة الثوب إذا كان درهماً أو أكثر كان الظاهر شاهداً للصباغ، إلا أنه لا يُزاد على درهم؛ لأنه رضي بسقوط الزيادة؛ وإذا كان ما زاد العصفر دانقين، كان الظاهر شاهداً لرب الثوب إلا أنه لا ينقص من / دانقين لأنه رضي بذلك. ٢/٢٤٣ ب

وإن كان يزيد في الثوب نصف درهم، قال: أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ما صبغته بدانقين؛ لما ذكرنا أن الدعوى إذا سقطت للتعارض بحكم الصبغ فوجب قيمة الصبغ؛ وهذا بخلاف القصار مع رَبِّ الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجرة ولا بينة لهما؛ أن القول قولُ رَبِّ الثوب مع يمينه؛ لأنه ليس في الثوب عين مال قائم للقصار، فلم يوجد ما يصلح حكماً فيرجع إلى قول صاحب الثوب، لأن القصار يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر، فكان القولُ قولَهُ مع يمينه.

وكذلك كُلُّ صبغ له قيمة، فإنْ كَانَ الصبغ أسود، فالقولُ قولُ رَبِّ الثوب مع يمينه على أصل أبي حنيفة أن السواد نقصان عنده؛ وكذلك كل صبغ ينقص الثوب؛ لأنه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض، ولا سبيل إلى الرجوع إلى قيمة الصبغ؛ لأنه لا قيمة له فيرجع إلى قول المستحق عليه.

ولو اختلف الصباغ ورب الثوب، فقال رب[2] الثوب أمرتك بالعصفر، وقال الصباغ: بالزعفران، فالقولُ قولُ رب الثوب في قولهم جميعاً؛ لأن الأمر[3] يستفاد من قبله، ومن هذا

(١) الدَّانق: سدس الدرهم. المعجم الوسيط (دنق).
(٢) في أ: صاحب.
(٣) في أ: الإذن.

النوع ما إذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده، ثم اختلفا، فقال في الأصل في رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه ثوباً وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من عنده مثل غزله؛ على أن يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماة، فاختلفا بعد الفراغ من الثوب، فقال الحائك: قد زدت، وقال ربُّ الثوب: لم تزد، فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله؛ لأَن الصانع يدعي على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر، فكان القول قول المنكر مع يمينه على عمله؛ لأنه يمين على فعل الغير، فإن حلف برىء؛ وإن نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل؛ لأن النكول حجة يقضي بها في هذ الباب، فإن أقام الصانع بينة قبلت بينته.

ولو اتفقا أن غزل المستعمل كان منًا، وقال الصانع قد زدتُ فيه رطلاً، فوزن الثوب فوجد زائداً على ما دفع إليه زيادة لم يُعلم أن مثلها يكون من الدقيق، وادعى رب الثوب أن الزيادة من الدقيق، فالقول قول الصانع؛ لأن رب الثوب يدعي خلاف الظاهر، وإن كان الثوب مستهلكاً قبل أن يعلم وزنه ولم يقر المستعمل أن فيه ما قال الصانع، فالقولُ قولُ رب الثوب؛ لأن الصانع يدعي عليه الضمان، ولا ظاهر ههنا يشهد له، فلم يقبل قوله.

وَقَالَ هشام عن محمد في رجل دفع إلى صائغ عشرة دراهم فضة، وقال زد عليها درهمين قرضاً عليَّ فصغه قلباً وأجرك درهم، فصاغه وجاء به محشواً، فاختلفا، فقال الصائغ: قد زدت عليه درهمين، وقال ربُّ القلب: لم تزد شيئاً، قال محمد: يتحالفان ثم الصائغ بالخيار إن شاء دفع [إليه][1] القلب وأخذ منه أجرة خمسة دوانيق، وإن شاء دفع إليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب.

أما التحالف؛ فلأن الصائغ يدَّعي على صاحب القلب القرض وهو ينكر، فيستحلف، وصاحب القلب يدعي على الصائغ استحقاق القلب بغير شيءٍ وهو ينكر فيستحلف، وإذا بطل دعوى الصائغ في القلب علم أن الوزن عشرة، وإنما بذل صاحب القلب للصائغ درهماً لصياغته اثني عشر درهماً؛ فإذا لم تثبت الزيادة تلزمه للعشرة خمس دوانيق، وإنما كان للصائغ أن يحبس القلب ويعطي صاحب القلب مثل فضته؛ لأن عنده أن الزيادة ثابتة، وأنه يتضرر[2] ببطلان حقه عليها من غير عوض القرض، فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه، ولا ضرر على صاحب القلب؛ لأنه وصل إليه مثل حقه.

وقال ابن سماعة عن محمدٍ في رجلٍ دفع إلى نداف[3] ثوباً وقطناً يندف عليه، وأمره أن

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: يتقرر.
(٣) النداف: الذي يندف القطن، أي: يضربه بالمندف ليرق. المعجم الوسيط (ندف).

يزيد من عنده ما رأى، ثم إن صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين أستاراً[١] من قطن، فاختلفا فقال صاحبُ الثوب: دفعت إليك خمسة عشر أستاراً من قطن وأمرتك أنْ تزيد عليه عشرة وتنقص إن رأيت، فلم تزد إلا خمسة أساتير.

وقال النداف: دفعت إليَّ عشرة وأمرتني أنْ أزيد عشرة فزدتها، ـ فالقول قول النداف، وعلى صاحب الثوب أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطنٍ كما ادعى؛ لأن صاحب الثوب لا يدعي على النداف مخالفة ما أمره به، وإنما يدعي أنه دفع إليه خمسة عشر أستاراً، فكان القول قول النداف في مقداره، فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب، وإن كان صاحبُ الثوبِ قال: دفعت إليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر.

وقال النداف: دفعت إلي عشرة وأمرتني أنْ أزيد عليه عشرة، فزدت عليه عشرة، فصاحب الثوب في هذا بالخيار: إن شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه، وإن شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن، وكان الثوبَ للنداف؛ لأن النداف / يَزْعُمُ أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعي الخلاف، فكان القولُ قولَهُ فيما أمر به، والقولُ قول النداف في مقدار ما قبض.

٢/٢٤٤ أ

وقال بشر عن أبي يوسف في رجلٍ أَعْطَى رَجُلاً ثوباً ليقطعه قباء محشوًا ودفع إليه البطانة والقطن، فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والأجر، فإن الثوبَ ثوبُ رَبِّ الثوبِ والقطنَ قطنُهُ، غير أن رَبَّ الثوب إن قال: إن البطانة ليست بطانتي، فالقول في ذلك قولُ الخياط مع يمينه البتة أن هذا بطانته، ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب أن يأخذ البطانة فيلبسها؛ لأن البطانة أمانة في يد الخياط، فكان القولُ قولَهُ فيها، ثم إن كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها، وإن كانت غيرها فقد رضي الخياط بدفعها إليه بدل بطانته، فحل له لبسها.

وروى بشر وابن سماعة عن أبي يوسف فيمن أعطى حمالاً متاعاً ليحمله من موضع [إلى موضع][٢] بأجر معلوم فحمله، ثم اختلفا، فقال رَبُّ المتاع: ليس هذا متاعي، وقال الحمال: هو متاعك، فالقولُ قولُ الحمال مع يمينه، ولا ضمان عليه، ولا يلزم الآمر الأجر إلا أن يصدقه، ويأخذه؛ لأن المتاع أمانة في يد الحمال، فكان القولُ قولَهُ، ولا يلزم صاحب المتاع [الأجر][٣]؛ لأنه لم يعترف باستيفاء المنافع، فإن صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الأجر.

قال: والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء، إلا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح، يريد بهذا لو حمله طعاماً أو زيتاً.

---

(١) الاستار: أربعة مثاقيل ونصف مثقال. المعجم الوسيط (أستر).
(٢) سقط في ط. (٣) سقط في ط.

وقال الأجير: هذا طعامك بعينه، وقال رَبُّ الطعام كان طعامي أجود من هذا، فإن هذا يفحش أن يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل الأجر، ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر. إن كان قد حمله.

فأما إذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير. وقال: رب الطعام كان طعامي حنطة، فلا أجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه، وإنما قال يقبح في الجنس الواحد؛ لأن عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ العين[1] عوضاً عن طعامه؛ لأن الحمال قد بذل له ذلك، فإذا أخذ[2] العوض سلمت له المنفعة، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا بالتراضي بالبيع، فما لم يصدقه لا يستحق عليه الأجر.

ولو اختلف الصانع والمستأجر في أصل الأجر كالنساج والقصار والخفاف والصباغ، فقال ربُّ الثوب والخفِّ: عملته لي بغير شرط، وقال الصانع: لا بل عملته بأجرة درهم، أو اختلف رَبُّ الدار مع المستأجر، فقال ربُّ الدار: أجرتها منك بدرهم.

وقال الساكن: بل سكنتها عارية، فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار في قول أبي حنيفة مع يمينه ولا أجر عليه، وقال أبو يوسف: إن كان الرجل حرًا ثقة فعليه الأجر، وإلا فلا.

وقال محمد: إن كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله، وإن لم يكن انتصب للعمل فالقول قول صاحبه، وعلى هذا الخلاف إذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الأجر، لكن الصانع قال إني إنما عملت بالأجر، وقال رب الثوب: ما شرطت لك شيئاً، فلا يستحق شيئاً.

وجه قولهما اعتبار العرف والعادة، فإن انتصابه للعمل وفتحه الدكان لذلك دليل على أنه لا يعمل إلا بالأجرة، وكذا إذا كان حريفه فكان العقد موجوداً دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصًا.

ولأبي حنيفة أن المنافع على أصلها لا تتقوم إلا بالعقد ولم يوجد، أما إذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الأجر فظاهر، وكذا إذا اختلفا في الشرط، لأن العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض، فلا تجب الأجرة، ثم إن كان في المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذي يزيد والنعل، يغرم رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه، لا يجاوز به درهماً، وإلا فلا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

---

(١) في ط: الشعير.
(٢) في أ: حصل.

فصل [في بيان ما ينتهي به عقد الإجارة]

وأما بيان ما ينتهي به عقد الإِجارة فعقد الإِجارة ينتهي بأشياء منها، الإِقالة لأنه معاوضة المال بالمال، فكان محتملاً للإِقالة كالبيع.

ومنها: موت من وقع له الإِجارة إلا لعذر عندنا.

وعند الشافعي: لا تبطل بالموت كبيع العين.

والكلام فيه على أصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد؛ وهو أن الإِجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة، على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً، وإِذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها، والملك صفة الموجود لا المعدوم، فلا يملكها الوارث، إِذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين؛ لأن العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث إلى وقت الموت، فجاز أن / ٢/ ٢٤٤ ب ينتقل منه إلى الوارث؛ لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد، وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأساً؛ لأنها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها، فلا يثبت الملك فيها للوارث.

وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة للحال؛ كأنها أعيان قائمة، فأشبه بيع العين، والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين؛ كذا الإِجارة.

وعلى هذا يخرج ما إذا أجر رجلان داراً من رجلٍ ثم مات أحد المؤاجرين؛ أن الإِجارة تبطل في نصيبه عندنا، وتبقى في نصيب الحي على حالها؛ لأن هذا شيوع طارىء وأنه لا يؤثر في العقد في الرواية المشهورة؛ لما بينا فيما تقدم.

وكذلك لو استأجر رجلان من رجلٍ داراً فمات أحد المستأجرين، فإن رضي الوارث بالبقاء على العقد، ورضي العاقد أيضاً، جاز، ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ، ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الإِجارة؛ لأن العقد لم يقع له، وإنما هو عاقد؛ وكذا لو مات الأب أو الوصي لما قلنا؛ وكذا لو مات أبو الصبي في استئجار الظئر لا تنقض الإِجارة؛ لأن الإِجارة وقعت للصبي والظئر وهما قائمان، ولو مات الظئر انتقضت الإِجارة، وكذا لو مات الصبي، لأن كل واحد منهما معقود له.

والأصل إن الإِجارة تبطل بموت المعقود له، ولا تبطل بموت العاقد، وإنما كان كذلك؛ لأن استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد؛ لأن من وقع له إن كان هو المؤاجر، فالعقد يقتضي استيفاء المنافع من ملكه، ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره، وهذا خلاف مقتضى العقد، وإن كان هو المستأجر فالعقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله.

ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مالِ غيره؛ وهذا خلاف موجب العقد؛ بخلاف ما إذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه؛ لأن العقد منه لا يقع مقتضياً استحقاق المنافع ولا استحقاق الأجرة من ملكه، فإبقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد؛ وكذلك الولي في الوقف إذا عقد ثم مات لا تنتقض الإِجارة؛ لأن العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه.

ولو استأجر دابة إلى مكَّة فمات المؤاجر في بعض المفازة، فله أن يركبها أو يحمل عليها إلى مكة أو إلى أقرب الأماكن من المصر؛ لأن الحكم ببطلان الإِجارة ههنا يؤدي إلى الضرر بالمستأجر، لما فيه من تعريض ماله ونفسه إلى التلف، فجعل ذلك عذراً في بقاء الإِجارة، وهذا معنى قولهم أن الإِجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر.

وقالوا فيمن اكترى إبلاً إلى مكة ذاهباً وجائياً، فمات الحمال في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها إلى مكة أو يحمل عليها، وعليه المسمى؛ لأن الحكم بانفساخ الإِجارة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر؛ لأنه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه، وإلحاق الضرر بالورثة إذا كانوا غيباً؛ لأن المنافع تفوت من غير عوض، فكان في استيفاء العقد نظر من الجانبين، فإذا وصل إلى مكة رفع الأمر إلى الحاكم؛ لأنه لا ضرر عليه في فسخ الإِجارة عند ذلك؛ لأنه يقدر على أن يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم في الأصلح.

فإن رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة أصلح، فَعَلَ ذلك، وَإِن رأى إمضاء الإِجارة إلى الكوفة أصلح، فَعَلَ ذلك؛ لأنه نصب ناظراً محتاطاً، وقد يكون أحد الأمرين أحوط، فيختار ذلك قالوا: والأفضل إذا كان المستأجر ثقة أن يمضي القاضي الإِجارة.

والأفضل إذا كان غير ثقة أن يفسخها، فإن فسخها وقد كان المستأجر عجل الأجرة، سمع القاضي بينته عليها وقضاه من ثمنها؛ لأن الإِجارة إذا انفسخت فلمستأجر إمساك العين حتى يستوفي جميع الأجرة، وقام القاضي مقام الغائب، فنصب له خصماً وسمع عليه البينة.

وَلَوْ مَاتَ أحد ممن وقع له عقد الإِجارة قبل انقضاء المدة، وفي الأرض المستأجرة زرعٌ لم يستحصد، يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد، ويكون على المستأجر أو على ورثته ما سمي من الأَجر؛ لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضرراً بالمستأجر، وفي الإِبقاء من غير عوض ضرراً بالوارث، ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإيفاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر، فيجب القول به، وإنما وجب المسمى استحساناً.

والقياس أن يجب أجر المثل؛ لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت، وإنما بقيناه حكماً فأشبه

شبهة العقد، واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب أجر[١] المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة.

وجه الاستحسان: أن التسمية تناولت هذه المدة، فإذا مست الضرورة إلى الترك بعوض، كان إيجاب العوض المسمى أولى لوقوع / التراضي، بخلاف الترك بعد انقضاء المدة؛ لأن التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة، فتعذر إيجاب المسمى فوجب أجر المثل.

٢/٢٤٥ أ

ومنها: هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه، فلم يكن في بقاء العقد فائدة، حتى لو كان المستأجر عبداً أو ثوباً أو حليًا أو ظرفاً أو دابةً معينة، فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة، بطلت الإجارة لما قلنا.

وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت، لا تبطل الإجارة، وعلى المؤاجر أن يأتيه بغير ذلك، لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة، فالعقد يقع على منافع في الذمة، وإنما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله، فكان عليه أن يعين غيرها، وقد ذكرنا اختلاف إشارة الروايات في الدار إذا انهدم كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو الشرب من الأرض، أن الإجارة تنفسخ أو يثبت حق الفسخ فيما تقدم، وعلى هذا أيضاً يخرج موت الظئر؛ أن الإجارة تبطل به لأنها مستأجرة.

ومنها: انقضاء المدة إلا لعذر؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة[٢]، إلا إذا كان ثمة عذرٍ بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم

---

(١) في ط: أجل.

(٢) من استأجر داراً أو أرضاً أو عاملاً أو دابة لمدة معينة، فإن الإجارة تكون لازمة، وتنتهي بانتهاء المدة، ومن استأجر شيئاً من ذلك مياومة أو مشاهرة أو مساومة أو نحو ذلك فإنها تكون جائزة كما ما مَرَّ، ولا تنتهي بانتهاء أول مدة، بل تتجدد مدة بعد أخرى ما لم يحصل فسخ من أحد العاقدين.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن من استأجر أرضاً للزراعة تروى بالمطر أو بماء النيل، وكان استئجاره إياها في أيام نزول المطر أو أيام ريها بالنيل أو قبل ذلك وعين في الاستئجار سنة فإن هذه السنة لا تحمل على الأشهر، بل تحمل على المدة التي تنتهي بحصاد الزرع، وذلك بجذ الزرع، سواء أكان قمحاً أم شعيراً أم قصباً أم غيرها، ويشمل الجذ الرعي في نحو البرسيم، وإن كان الزرع مما يخلف فبآخر بطن منه.

وإن كانت تسقى بنحو الآلات فإن السنة تحمل على اثني عشر شهراً من حين العقد، فإن تمت السنة وللمستأجر فيها زرع أخضر أو تمر لم يطب، فإنه لا يجب على المستأجر تسليم الأرض لصاحبها، بل يلزم صاحبها إبقاؤها بيد المستأجر حتى يطيب الزرع، ويلزم المستأجر أجر مثل المدة الباقية عرفاً.

مثال ذلك: أن يبقى الزرع بعد السنة شهرين، فيجب على المستأجر أجرتهما بحسب ما يقوله أهل المعرفة لا بحسب الأجرة التي سميت في السنة المنتهية. ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

يستحصد، فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل، بخلاف ما إذا انقضت المدة وفي الأرض رطبة أو غرس أنه يأمر بالقلع؛ لأن في ترك الزرع إلى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين؛ لأن لقطعه غاية معلومة، فأما الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة، فلو لم تقطع لتعطلت الأرض على صاحبها، فيتضرر به، وبخلاف الغاصب إذا زرع الأرض المغصوبة أنه يؤمر بالقلع ولا يترك إلى وقت الحصاد بأجر؛ لأن الترك في الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظر له، وهو مستحق للنظر؛ لأنه زرع بإذن المالك، فأما الغاصب فظالم متعد في الزرع، فلا يستحق النظر بالترك، مع ما أنه هو الذي أضر بنفسه؛ حيث زرع أراضي غيره بغير حقٍّ، فكان مضافاً إليه.

ومنها: عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئاً؛ أنه يوجب بطلان الإجارة بلا خلاف؛ لأن الأجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه، فتبطل الإجارة؛ إذ لا سبيل إلى إيجابها من مال المولى، فإن عجز بعد ما استأجر، فالإجارة باقية في قول أبي يوسف.

وقال محمد: تبطل، والكلام فيه راجع إلى أصل نذكرة في كتاب «الهبة» في كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه أن عند أبي يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه أو عتقه، فإن عجز ملكه المولى من الأصل، وإن عتق ملكه المكاتب من الأصل، وعند محمد: هو ملك المكاتب؛ ثم إذا عجز، انتقل إلى المولى كما ينتقل الملك من الميت إلى ورثته بالموت.

ووجه البناء على هذا الأصل: أن عند أبي يوسف لما وقع الملك للمولى في الكسب من حين وجوده، وصار كأن الإجارة وجدت من المولى، فلا تنتقض بعجز المكاتب، ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب عند عجزه على أصل محمد، صار بمنزلة انتقال الملك من الميت إلى وارثه عند عجزه، وذلك يوجب انتقاض الإجارة كذا هذا.

وأصل هذه المسألة في المكاتب: إذا وهبت له هبة. ثم عجز؛ أنَّ للواهب أنْ يرجع في قول أبي يوسف، وعند محمد: لا يرجع، وسنذكره في كتاب «الهبة»، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب إلى بيان صورة الاستصناع، ومعناه، وإلى بيان جوازه، [وإلى بيان شرائطه][1] وإلى بيان حكمه وإلى بيان صفته.

فصل في صورة الاستصناع

أما صورة الاستصناع: فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف[2] أو صفار[3] أو غيرهما: اعمل لي خفًّا، أو آنية من أديم، أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبيّن نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم.

وأما معناه: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصَّحيح؛ بدليل أن محمداً ـ رحمه ـ الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العدات؛ وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التَّقاضي وإنما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود.

ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النَّوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مَبِيع في الذِّمة شرط فيه العمل.

٢/٢٤٥ ب

وجه القول الأول: / أن الصّانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع ـ لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشَّرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي.

والصَّحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع[4] طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا

---

(١) سقط في ط.

(٢) الخفاف: جمع الخف، وهو ما يلبس في الرجل من جلد رقيق. المعجم الوسيط (خفف): .

(٣) الصفار: النحاس الأصفر. المعجم الوسيط (صفر).

(٤) في ط: استصناع.

يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمَّة يسمى سلماً وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليلٌ اختلاف المعاني في الأصل.

وأما إذا أتى الصّانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع ـ فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التَّعاطي بتراضيهما.

فصل في شرعية الاستصناع

وأما جوازه فالقياس أَلاَّ يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عند الإِنسان لا على وجه السّلم، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السَّلم ويجوز استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير[1]، وقد قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «لاَ تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَىٰ ضَلاَلَة»[2]، وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنَاً فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَآهُ المُسْلِمُونَ قَبِيحاً فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ قَبِيحٌ»[3] والقياس يترك بالإِجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدَّة ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي قطعه الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل وهذه

---

(١) في ط: نكر.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) لا أصل لهذا الحديث مرفوعاً إنما ورد موقوفاً عن عبد الله بن مسعود من طرق.
فأخرجه أحمد (١/ ٣٧٩) والبزار (١/ ٨١ ـ كشف) رقم (١٣٠) كلاهما من طريق أبي بكر بن عياش عن عاصم عن زر بن حبيش عن ابن مسعود قال: إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد ثم نظر في قلوب العباد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم أنصار دينه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح.
ومن طريق أحمد أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٣/ ٧٨) مختصراً. وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقال السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص ٣٦٧): وهو موقوف حسن .اهـ.
قلت: وقد وهم السخاوي في هذا الحديث حيث عزاه إلى الإمام أحمد في السنة وقال: ووهم من عزاه للمسند. فظهر من تخريج الأثر أنه رحمه الله هو الواهم في توهيم من عزا هذا الأثر إلى المسند.
وللحديث طريق آخر قد أشار إليه البزار فقال عقب:
الطريق الأول: رواه بعضهم عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله.
وهذا الطريق أخرجه أبو داود الطيالسي (١/ ٣٣ ـ منحة) رقم (٦٩) ومن طريقه أبو نعيم في «حلية الأولياء» (١/ ٣٧٥) من طريق عاصم عن أبي وائل عن ابن مسعود.
والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (١/ ١٢٥) وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني في «الكبير» ورجاله موثقون وقال الحافظ ابن كثير في «تحفة الطالب» (ص ٤٥٥): هذا مأثور عن عبد الله بن مسعود بسند جيد.

المحقرات، كذا هذا؛ ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مَخْصُوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتَّفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج، وقد خرج الجواب عن قوله: إنه معدُوم؛ لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه، فلم يكن بيع ما ليس عند الإِنسان على الإِطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإِجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذِّمَّة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً.

فصل في شرائط جوازه

وأما شرائط جوازه، فمنها: بيان جنس المصْنُوع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدونه.

ومنها: أن يكون مما يجري فيه التَّعامل بين الناس، من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد[١] للدواب ونصول[٢] السيوف والسكاكين والقسي والنبل والسلاح كله والطشت والقمقمة[٣] ونحو ذلك، ولا يجوز في الثياب؛ لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوازه استحساناً لتعامل النَّاس، ولا تعامل في الثياب.

ومنها أَلاّ يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً، حتى يعتبر فيه شرائط السَّلم وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شَرَطَ عليه في السلم، وهذا قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ.

وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشَرْط، وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلاً، أو لم يضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلاً ـ ينقلب سلماً في قولهم جميعاً.

وجه قولهما: أن العادة جاريةٌ بضرب الأَجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العَمَل لا تأخير المَطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعاً أو يقال: قد يقصد بضرب الأَجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشَّك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع، لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل

(١) لجم: جمع لجام؛ وهو: الحديدة في فم الفرس، ثم سموها مع ما يتصل بها من سيور وآلة لجاماً. المعجم الوسيط (لجم).

(٢) نصول: جمع نصل؛ وهو: حديدة الرمح والسهم والسكين. المعجم الوسيط (نصل).

(٣) القمقمة: وعاء من نحاس له عروتان. المعجم الوسيط (قمقم).

العمل، فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم، ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنه إذا ضرب فيه أجلاً، فقد أتى بمعنى السلم؛ إذ هو عقد على مبيع الذمَّة مؤجلاً، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الإجارة وكذا النكاح على أصلنا؛ ولهذا صار سلماً فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا؛ ولأن التأجيل يختص بالدُّيون؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك إلا السلم؛ إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحدٍ منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق، ثم إذا صار سلماً يراعي فيه شرائط السلم، فإن وجدت صحَّ وإلا فلا.

فصل في حكم الاستصناع

وَأَمَّا حكم الاسْتِصْنَاع؛ فهو ثبوت الملك للمسْتَصنع في العين المبيعة في الذمَّة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل في صفة الاستصناع

وأما صفة الاستصناع: فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل / في الجانبين جميعاً بلا ٢٤٦/٢ أ خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قَبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين أن لكل واحد منهما الفسخ؛ لأن القياس يقتضي ألاَّ يجوز لما قلنا، وإنما عرفنا جوازه استحساناً؛ لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس.

وأما بعد الفراغ من العَمَل قبل أن يراه المستَصْنع، فكذلك حتى كان للصانع أن يبيّعهُ ممَّن شاء؛ كذا ذكر في الأصل؛ لأن العقد ما وقع على [عين المعمول بل][(١)] على مِثْله في الذمَّة، لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه ـ جاز، ولو باعه الصانع وأراد المستصنع أن ينقض البيع ـ ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم؛ كذا قال أبو يوسف، فأما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة، فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنع الخيار؛ لأن الصَّانع بائع ما لم يره فلا خيار له، وأما المستصنع فمشترٍ ما لم يره، فكان له الخيار، وإنما كان كذلك؛ لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة، فقد ألحق بالموجود ليمكن القول بجواز العَقْد، ولأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإِحضار، لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإِحضار أسقط خيار نفسه، فبقي خيار صاحبه على حاله؛ كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياره أنه يبقى خيار الآخر، كذا هذا.

---

(١) في أ: غير المملوك.

هذا جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ـ رضي الله عنهم ـ، وروي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن لكل واحد منهما الخيار، وروي عن أبي يوسف: أنه لا خيار لهما جميعاً.

وجه رواية أبي يوسف: أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه ـ لكان فيه إضرار بالصّانع، بخلاف، ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد؛ لأنا لا ندري أن العمل يقع على الصِّفة المشروطة أولاً، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه، فثبت الخيار.

وجه رواية أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضَّرر عنه وأنه واجب، والصحيح [جواب][1] ظاهر الرواية؛ لأن في إثبات الخيار للصانع ما شرع[2] له الاستصناع، وهو دفع حاجة المستصنع؛ لأنه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرع عنه يتبعه من غير المستصنع، فلا تندفع حاجة المستصنع.

وقول أبي يوسف: أن الصانع يتضرّر بإثبات الخيار للمستصنع مسلم، ولكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع، لأن المصنوع إذا لم يلائمه وطولب بثمنه، لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله، ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك؛ ولأن المستصنع إذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته، لم يحصل ما شرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته، فلا بد من إثبات الخيار له، والله سبحانه وتعالى الموفق.

فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جِلداً إلى خفافَ ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم ـ فذلك جائز ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار فكان جائزاً؛ فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن أفسده[3] فله أن يضمنه حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع؛ لأن المضمونات تملك بالضمان.

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: شرطه.
(٣) في ط: فسد.

كتاب الشُّفْعَة[1]

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان سبب ثبوت حق الشُّفعة.

وفي بيان شرائط ثبوت حّق الشفعة.

وفي بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر.

---

(١) الشفعة لغة: قال صاحب «المطالع»: الشُّفعة: مَأْخُوذَةٌ من الزيادة، لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب؛ كأنه كان وتراً فصار شَفْعاً، والشافع: هو الجاعل الوتر شَفْعاً، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل.
فهي لُغَةً: الضم؛ يقال: شفعت الشيء؛ ضممته إلى غيره. . . . . ومناسبة هذا للمعنى الشرعي أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه. . . .
وقيل: من الشفع ضد الوتر؛ لأن الشفيع يضّم حصّة شريكه إلى حصّته، فيصيران شَفْعاً، وقد كانت حصته وتراً. . . . .
وقيل: من الشفاعة؛ لأن الرجل في الجاهلية كان إذا أراد بيع داره أتاه شريكه، فشفع إليه فيما باع، فشفعه وجعله أولى به من غيره، وهذا قول محمد بن قتيبة في «غريب الحديث».
وفي «المصباح»: «شفعت الشيء شَفْعاً من باب نَفَع، ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة، وهي مثال غرفة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، مثل اللُّقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى «التملُّك» لذلك الملك، ومنه قولهم: «من ثَبَتَ له شفعة، فأخر الطلب بغير عُذْرٍ، بطلت شفعته، ففي هذا المثال جمع بين المعنيين، فإن الأُولَى للمال، والثانية للتملك. انظر: الصحاح ٣/١٢٣٨، المغرب ٢٥٣، المصباح المنير ١/ ٤٨٥.
واصطلاحاً:
عَرَّفها الحنفية بأنها: ضَمُّ ملك البائع إلى ملك الشفيع، وتثبت للشفيع بالثمن الذي بيع به، رضي المتبايعان أو شرطا.
عرفها الشافعية بأنها: حَقُّ تملك قَهْري يثبت للشَّريكِ القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.
عَرَّفَها المالكية بأنها: اسْتِحْقَاقُ شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.
عرفها الحَنَابِلَةُ بأنها: استحقاق انتزاع الإنسان حصَّة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها.
انظر: الاختيار ٢/٥٦، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٣٧، فتح القدير ٩/ ٣٦٨، المبسوط ١٤/ ٩٠، حاشية البجيرمي ٣/ ١٤٥، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٦، منح الجليل ٣/ ٥٨٢، الإنصاف ٦/ ٢٥٠، الكافي ٢/ ٤١٦.

وفي بيان ما يبطل به حق الشُّفعة بعد ثبوته.

وفي بيان ما يملك به المشفُوع فيه.

وفي بيان طريق التمليك وبيان كيفيته.

وفي بيان شرط التملك.

وفي بيان ما يتملك به.

وفي بيان المتملك، وفي بيان المتملك منه.

وفي بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري.

وفي بيان الحيلة في إبطال الشفعة.

وفي بيان أنها مكروهة أم لا.

أما سبب وجوب الشُّفعة: فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان ماهية السبب.

والثاني: في بيان كيفيته.

أما الأول: فسبب وجوب الشُّفعة أحد الأشياء الثلاثة: الشركة في ملك المبيع، والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار، وإن شئت قلت أحد الشيئين: الشركة والجوار، ثم الشركة نوعان: شركة في ملك المبيع، وشركة في حقوقه كالشرب والطريق، وهذا عند أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ.

وقال الشافعي: السبب هو الشّركة في ملك المبيع لا غير، فلا تجِبُ الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار[١].

(١) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك، الَّذي لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط، ولم يخالف في ذلك إلا الأصم، وابن عُلية، فإنهما أبطلاها؛ ردّاً للإجماع، وتمسكاً بظاهر قوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم، إلا بطيب نفس منه»؛ وذهاباً منهما إلى أن في إثبات الشفعة إضراراً بأرباب الأملاك؛ لأن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فيستضر المالك.

وهذا منهما ليس بشيء؛ لأن ما روي في الشفعة ـ وإن كان آحاداً ـ فالعمل به مستفيض، فيصير الخبر كالمتواتر، ثم الإجماع عليه منعقد، والعلم بشرعيته واقع، وليس في قول النبي ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم. . . .» إلخ ما يمنع من الشفعة؛ لأن المشتري يعاوض عليها، فيصل إلى حقِّه، فلا استحلال، ولا شيء. =

....

= فأما قولهما: إن في إثباتهما إضرار بأرباب الأملاك «فيجاب عنه بأنا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدمون من يشتري منهم غير شركائهم، ولم يمنعهم من الشراء استحقاق الشفعة، وبأنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم، فيسقط استحقاق الشفعة.

هذا، ولما كانت الشفعة ثابتة على خلاف الأصل؛ إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه، وإجبار له على المعاوضة، لكن الشرع أثبتها لمصلحة راجحة، فلا تثبت إلا إذا كان الملك مشاعاً غير مقسوم. فأما الجار فلا شفعة له، وبه قال كثير من الصحابة والتابعين؛ كعمر، وعثمان، وعمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: يقدم الشريك، فإن لم يكن، وكان الطريق مشتركاً، كدرب لا ينفذ ـ ثبتت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب، فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة واحتجوا على ذلك:

أولاً: بما روىٰ أبو رافع، قال رسول الله ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ». رواه البخاري، وأبو داود.

ثانياً: بما روىٰ الحسن عن سمرة؛ أن النبي (ﷺ) قال: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ...»، رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

ثالثاً: بما روىٰ عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر قال: قال رسول الله: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يَنْتَظِرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِباً، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِداً».

رابعاً: بما روىٰ عمرو بن الشريد، عن سويد، عن أبيه؛ أنه قال للنبي (ﷺ): إنَّ أرضاً بيعت ليس فيها قسم ولا شرك، فقال النبي: «أنت أحق بشفعة جارك يا شريد».

قالوا: ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد، فثبتت الشفعة فيه كالشريك، ولأن الشفعة إنما وجبت للشريك؛ خوفاً من سوء عشرة الداخل عليه، وهذا المعنى قد يوجد في الجار، فيقتضي أنه تجب له كما وجبت للشريك.

«ودليلنا» ما تقدم من الأحاديث، فحديث جابر أفاد حصر الشفعة فيما لم يقسم، فما قسم لا شفعة فيه، ثم صرّح بعد ذلك بنفي الشفعة فيما لم يقسم عن الجار بقوله: «فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة»، فالحديث قد دلَّ على نفي الشفعة عن الجار بطريقين:

بطريق مفهوم المخالفة كما في صدره، وبطريق المنطوق كما في عجزه.

وأيضاً اللاّم في الحديث للجنس، والمعرّف بها يفيد الحصر، فاقتضى حصر الشفعة فيما لم يقسم؛ كقول النبي: «الأئمة من قريش»، فإنه قصد الأئمة على كونهم من قريش. وتقدّم ما يتعلق بالحديث الثاني.

والحديث الثالث قد صرّح فيه بـ«إنما» وهي تفيد إثبات ما اتصل، ونفي ما انفصل عنها؛ كقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات».

ومن طريق القياس، هو أن تمييز المبيع يمنع من وجوب الشفعة فيه، كالَّذي بينهما طريق نافذة، ولأن الشفعة إنما ثبتت لرفع الضرر لا لجلبه، وفي إيجابها للجار ضرر داخل على صاحب الملك، من حيث إنه يتقاعد بالمالك حتى يبذل له البخس من الثمن؛ لعلمه بأن غيره لا يقدم على الشراء، مع علمه بشفعته، وهذا المعنى غير موجود في المشترك؛ لأن الشريك قادر على رفع هذا الضرر بمقاسمة شريكه، وما كان موضوعاً لرفع الضرر لم يجز أن يدخل فيه الضرر، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع، فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك يتأذى به، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه، وما يحتاجه من إحداث المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم. =

....

= أما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة.
قال البغوي: «ليس في هذا الحديث ذكر الشفعة، فيحتمل أنه أراد به الشفعة، ويحتمل أنه أراد أنه أحقُّ بالإحسان والصلة والعبادة، وما إلى ذلك من أنواع البر والمعونة، وخبرنا صريح فيقدم، وبقية الأحاديث في إسنادها مقال، فحديث سمرة يرويه عنه الحسن، وقد اختلفوا في لقاء الحسن سمرة، فقال بعضهم: لم يلقه. وقال بعضهم: لقيه ولم يرو عنه إلا حديث العقيقة، قاله أصحاب الحديث. فهذه الأحاديث مع ما فيها من المقال والاضطراب، لا تنتهض لمعارضة الأحاديث القاضية بنفي شفعة الجار.
قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله حديث جابر الّذي رويناه، وما عداه من الأحاديث فيها مقال، ثم لو سلم استدلالهم بهذه الأحاديث، فهي محمولة على الجار الأخص وهو الشريك؛ لأن اسم الجوار يختص بالقريب، والشريك أقرب من اللصيق، فكان أحق باسم الجوار.
وقد أطلقت العرب على الزوجة جارة لقربها، قال الشّاعر:

أَجَارَتَنَا بِينِي فَإِنَّكِ طَالِقَة

كما حكى المصنف.
قال الأعشى: وتسمى الضرتان جارتين، لاشتراكهما في الزوج.
قال حمل بن مالك: «كنت بين جارتين لي، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح، فقتلتها وجنينها».
وقول بعض الحنفية: إنه يلزم الشافعية القائلون بحمل اللفظ على حقيقته ومجازه، أن يقولوا بشفعة الجار، لأن الجار حقيقة في المجاور، مجاز في الشريك. «يجاب عنه» بأن محلّ ذلك عند التجرد عن القرينة، وقد قامت القرينة على هذا المجاز، فاعتبر الجمع بين حديثي جابر وأبي رافع، فحديث جابر صريح في اختصاص الشفعة بالشريك، وحديث أبي رافع متروك الظاهر اتفاقاً، وإلا اقتضى أن يكون الجار أحقُّ من كل أحد، حتى من الشريك، والّذين قالوا بشفعة الجار قالوا بتقديم الشريك.
وأما قياسهم على المشترك فقياس مع الفارق؛ لانعدام المعنى الذي من أجله ثبتت للشريك، وهو رفع ضرر مؤنة القسمة في الجار.
وعن قولهم: إنها وجبت في الخلطة خوفاً من سوء العشرة، وقد يوجد ذلك بالنسبة للجار، فهو أن سوء العشرة مما يجب منع السلطان فأمكن رفعه، وهي إنما وجبت لرفع ضرر لا يمكن دفعه إلا بها، وليس ذلك إلا مؤنة القسمة؛ لأنها حقّ لا يمكن رفعه عند طلبها إلا بالشفعة، ثم لو فرضنا أن الجار لا يطلق في اللغة إلا على من كان ملاصقاً غير مشارك، فينبغي تقييد الجوار باتحاد الطريق، كما أفاده رواية جابر، وفيها: «إذا كان طريقهما واحدة...»، ومقتضى هذا عدم ثبوت الشفعة بمجرد الجوار، وبذلك قال بعض الشافعية، ويؤيده أن شرعية الشفعة إنما هي لدفع الضرر، وهو إنما يحصل في الغالب مع المخالطة في الشيء المملوك، أو في طريقة؛ إذ لا ضرر على جار لم يخالط في أصل أو طريق إلا نادراً، واعتبار هذا النادر يستلزم ثبوت الشفعة للجار مع عدم الملاصقة؛ لأن حصول الضرر له قد يقع في بعض الحالات، كحجب الشمس، والاطلاع على العورات، ونحوهما من الروائح الكريهة التي يتأذى بها، ورفع الأصوات، وسماع بعض المنكرات، ولا قائل بثبوت الشفعة لمن كان كذلك، والضرر النادر غير معتبر؛ لأن الشارع إنما علق الأحكام بالأمور الغالبة.
ينظر: الشفعة لشيخنا «أبي العنين محمد».

احتج بما روي عن رسول الله ﷺ: «إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِي مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَة»[1] فصدر الحديث إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم؛ لأن كلمة «إنما» لإثبات المذكور ونفي ما عداه، وآخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود، وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة، والطرق مصروفة ـ فكانت الشفعة منفية؛ ولأن الأخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رِضاه، وعصمة ملكه وكون التملك إضراراً يمنع من ذلك، فكان ينبغي ألاَّ يثبت حق الأخذ أصلاً إلا أنا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنصّ غير معقول المعنى، فبقي الأمر في المقسُوم على الأصل، أو ثبت معلولاً بدفع ضررٍ خاص وهو ضرر القسمة، لكونه ضرراً لازماً لا يمكن دفعه إلا بالشّفعة، فأما ضرر الجوار فليس بلازمٍ، بل هو ممكن الدفع بالرفع إلى السلطان والمقابلة بنفسه، فلا حاجة إلى دفعه بالشفعة.

ولنا: ما روي أنه سئل رسول الله ﷺ: عَنْ أَرْضٍ بِيعَتْ وَلَيْسَ لَهَا شَرِيكٌ وَلَهَا جَارٌ؟ فَقَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ ـ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهَا»[2] وهذا نصٌّ في الباب.

---

(١) فيما لم يقسم أي: في كل مشترك لم يقسم؛ لأن عدم القسمة يستلزم الشركة، ويؤيده رواية مسلم «في كل شرك لم يقسم. . . .» أي لم تقع فيه قسمة بالفعل مع كونه يقبلها؛ كما أن الأصل في المنفي بلم أن يكون في الممكن، بخلاف النفي بلا، ولأن مقابلته بقوله: «فإذا وقعت الحدود. . . .» يدل على ذلك.

فقوله: «فإذا وقعت الحدود. . . .» مفهوم قوله: «لم يقسم»، كأنه قال: فإذا وقعت القسمة فلا شفعة لأحدهما على الآخر إذا باع؛ لأنه حينئذٍ جار لا شريك، والمراد بالحدود العلامات المبينة ما لكل من الشريكين على انفراده.

«وصرّفت الطرق» بالتشديد بمعنى بينت وميزت، بأن جعل لكل نصيب طريق تخصه، وبالتخفيف بمعنى تفرقت، وهو عطف لازم على ملزوم، باعتبار الغالب، من أنه إذا وقعت الحدود والعلامات تميزت الطرق، أو عطف مغاير، ويعترض بأن عطفه على ما قبله حينئذٍ، يفيد أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق، بأن اتحدت ثبتت الشفعة، وليس كذلك. ويجاب بأنه خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له. ينظر: الشفعة لشيخنا «أبي العنين محمد».

والحديث أخرجه البخاري (٤/ ٤٣٦) كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، الحديث (٢٢٥٧) وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٤ ـ ٧٨٥) كتاب البيوع والإجارات، باب في الشفعة، الحديث (٣٥١٤) والترمذي (٣/ ٦٥٢ ـ ٦٥٣) كتاب الأحكام، باب ما جاء إذا حدت الحدود وقعت السهام فلا شفعة، الحديث (١٣٧٠) وابن ماجه (٢/ ٨٣٥) كتاب الشفعة باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة الحديث (٢٤٩٩) وأحمد (٣/ ٢٩٦) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٢) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، والبيهقي (٦/ ١٠٢) كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، وابن الجارود (٢١٦ ـ ٢١٧) باب ما جاء في الشفعة، وأبو داود الطيالسي ص (٢٣٥) الحديث (١٦٩١) وأحمد (٣/ ٣٧٢).

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٤٣٧) كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع الحديث (٢٢٥٨) وكذلك الشافعي (٢/ ١٦٥) كتاب الشفعة، الحديث (٥٧٤) وأحمد (٦/ ١٠، ٣٩٠) وأبو داود (٣/ ٧٨٦) كتاب البيوع والإجارات، باب في الشفعة، الحديث (٣٥١٦) والنسائي (٧/ ٣٢٠) كتاب البيوع، باب ذكر =

....

= الشفعة وأحكامها، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، الحديث (٢٤٩٥) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٣، ١٢٤) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، والدارقطني (٤/ ٢٢٢، ٢٢٣) كتاب الأقضية، الحديث (٧٠)، (٧١)، (٧٢) والبيهقي (٦/ ١٠٥، ١٠٦) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (١/ ٧٩) من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عمر بن الشديد قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبيَّ، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله ما أبتاعها، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: الجار أحق بسقبه ما اعطتيكها بأربعة آلاف وأنا أعطي بها خمسمائة دينار، فأعطاها إياه» وخالفه عمرو بن شعيب فقال عن عمر بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد عن النبي ﷺ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ١٦٨) كتاب البيوع والأقضية، باب من كان يقضي بالشفعة للجار الحديث (٢٧٧١) والنسائي (٧/ ٣٢٠) كتاب البيوع، باب الشفعة وأحكامها وابن ماجه (٢/ ٨٣٤) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، الحديث (٢٤٩٦) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٤) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار كلهم من طريق حسين المعلم به، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٢١٧) باب في الشفعة، الحديث (٦٤٥) والبيهقي في السنن (٦/ ١٠٥) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، وأحمد (٤/ ٣٨٩) وعبد الرزاق (٨/ ٧٧) والدارقطني (٤/ ٢٢٤) من طريق عبد الله بن عبد الرحمن الطائفي عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه» قال أبو نعيم: قلت لعمرو: ما سقبه؟ قال الشفعة وقد أشار الترمذي في سننه (٣/ ٦٥١) كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة حديث (١٣٦٨) إلى طريق عبد الله بن عبد الرحمن هذه وقال: (إنه حديث حسن). ثم ذكر طريق إبراهيم بن ميسرة السابقة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع، وقال: (سمعت محمداً ـ يعني البخاري ـ يقول: كلا الحديثين عندي صحيح، وفي الباب عن جابر وابن عباس وسمرة بن جندب وأنس وعلي وابن مسعود وعمرو بن حريث وعبد الله بن عمر بن الخطاب ويزيد بن الأسود، حديث جابر رواه أبو داود الطيالسي (٢٣٤) الحديث (١٦٧٧) وأحمد (٣/ ٣٥٣) وأبو داود (٣/ ٧٨٧، ٧٨٨) كتاب البيوع والإجارات باب الشفعة، الحديث (٣٥١٨) والترمذي (٣/ ٦٥١) كتاب الأحكام، باب الشفعة للغائب، الحديث (١٣٦٩) وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، الحديث (٢٤٩٤) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٠) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، والبيهقي (٦/ ١٠٦) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار كلهم من رواية عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بشفعته، ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً») وقال الترمذي: (هذا حديث حسن غريب، ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث. وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك هذا الحديث. وروى ابن المبارك عن سفيان الثوري قال: عبد الملك بن أبي سليمان ميزان، يعني في العلم) وحديث ابن عباس أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب الشفعة، باب من باع رباعاً فليؤذن شريكه الحديث (٢٤٩٣) من طريق يزيد بن هارون

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ»[١] والصقب: الملاصق، أي: أحق بما يليه وبما يقرب منه: وروي: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ»[٢] وهذا نص في الباب؛ ولأن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدَّخيل وضرره، وذلك متوقع الوجود عند المجاورة، فورود الشَّرع هناك يكون وروداً هنا دلالة؛ وتعليل النَّص بضرر القسمة غير سديد؛ لأن القسمة ليست بضرر، بل هي تكميل منافع الملك، وهي ضرر غير واجب الدفع؛ لأن القسمة مشروعة؛ ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعاً لضرر القسمة.

وأما قوله: يمكن دفع الضَّرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة إلى السلطان، فنقول: وقد لا يندفع بذلك؛ ولو اندفع فالمقابلة والمرافعة في نفسها ضَرَر، وضرر الجار السوء يكثر وجوده في كل ساعةٍ، فيبقى في ضرر دائم.

= أنبأنا شريك عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «من كانت له أرض فأراد بيعها فليعرضها على جاره».

وقال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٨١): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات. اهـ.

حديث سمرة أخرجه أحمد (٥/ ٨، ١٢) وأبو داود (٣/ ٧٨٧) كتاب البيوع والإجارات، باب الشفعة الحديث (٣٥١٧) والترمذي (٣/ ٦٥٠) كتاب الأحكام، باب في الشفعة الحديث (١٣٦٨) وابن الجارود (٢١٧) باب ما جاء في الشفعة الحديث (٦٤٤) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٣) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، والبيهقي (٦/ ١٠٦) كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، من طرق قتادة عن الحسن عن سمرة قال رسول الله ﷺ: «جار الدار أحق بالدار» وقال بعضهم: «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض» وقال الترمذي: (حسن صحيح)، وحديث أنس أخرجه النسائي في الكبرى كما في التحفة (١/ ٣١٨) والطحاوي في معاني الآثار (٤/ ١٢٢) وابن حبان (١١٥٣ ـ موارد) والخطيب في التاريخ (١١/ ٣٤٢) من حديث عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس به مرفوعاً «جار الدار أحق بالدار» وصححه ابن حبان.

وحديث علي وابن مسعود أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ١٦٣، ١٦٤) كتاب البيوع والأقضية، باب من كان يقضي بالشفعة للجار، الحديث (٢٧٥٨) في كتاب أقضيته ﷺ قال: حدثنا جرير عن منصور عن الحكم عن علي وعبد الله قالا: «قضى رسول الله ﷺ بالجوار» وحديث ابن عمر رواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع (٤/ ١٦١) ولفظه: «الجار أحق بسقبه ما كان»، وقال الهيثمي وفي إسناده عبيد بن كثير العامري وهو متروك، وحديث يزيد بن الأسود أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع (٤/ ١٦٢) بلفظ: «الجار أحق بسقبه».

(١) تقدم تخريجه وينظر الحديث السابق.

(٢) تقدم تخريجه.

وأما الحديث، فليس في صدره نفي الشُّفعة عن المقسوم؛ لأن كلمة (إِنَّمَا) لا تقتضي نفي غير المذكور؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ﴾ [فصلت:٦] وهذا لا ينفي أن يكون غيره ـ عليه الصلاة والسلام ـ بشراً مثله وآخره حجة عليه؛ لأنه علق ـ عليه الصلاة والسلام ـ سقوط الشفعة بشرطين: وقوع الحدود وصرف الطرق، والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما، وعنده: يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود، وإن لم تصرف الطرق ثم هو مؤوّل وتأويله: فإذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت ـ فلا شفعة أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه، أو فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالردّ بخيار الرؤية؛ لأنّ في القسمة معنى المبادلة، فكان موضع الإِشكال، فأخبر أنه لا شفعة؛ ليزول الإِشكال، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

وأما بيان كيفية السَّبب: فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: يعم حال انفراد الأَسباب واجتماعها.

والثاني: يخص حالة الاجتماع.

أما الذي يعم الحالين جميعاً فهو أن السَّبب أصل الشركة لا قدرها، وأصل الجوار لا قدره، حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد ـ أخذ كل الدار بالشفعة؛ كثر شركته وجواره أو قل.

وعلى هذا يخرج قول أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ في قسمة الشُّفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب؛ وهو الشركة أو الجوار ـ أنها تقسم على عدد الرءوس لا على قدر الشركة، وعند الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: على قدر الشركة في ملك المبيع، حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر؛ لأَحدهم نصفها وللآخر ثلثها ولآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه ـ كانت الشفعة بين الباقين نصفين، عندنا: على عدد الرءوس، وعنده: أثلاثاً ثلثاه لصاحب الثلث، وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة.

وجه قوله: أن حق الشفعة من حقوق الملك؛ لأنه ثبت لتكميل منافع الملك، فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة.

ولنا: أن السبب في موضع الشركة أصل الشركة، وقد استويا فيه فيستويان في الاستِحْقاق؛ والدليل على أن السبب أصل الشركة دلالة الإِجماع والمعقول؛ أما دلالة الإجماع: فلأن الشَّفيع إذا كان واحداً يأخذ كل الدار بالشفعة، ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الأخذ بقدرها.

وأما المعقول: فلأن حق الشُّفعة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره[1]، والضرر لا

---

(١) اتفق العلماء على أن الشُّفْعَةَ مشروعة لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع.

ثم اختلفوا بعد ذلك في تحقيق الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة فقال الإمام الشافعي ومن تبعه رحمهم الله: المقصود الضرر اللاحق بالقسمة، لأن كل واحد من الشريكين إذا طالب شريكه بالقسمة كان عليه في ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم، فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها، وبأي موضع شاء منها فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها، وفي ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به. فمكنه الشارع بحكمة ورحمة من رفع هذه المضرة عن نفسه، بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه، ولم يحل الشارع للشخص أن يبيع نصيبه حتى يؤذن شريكه، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به، كما استفيد من الحديث الذي رُوِّيْنَاهُ عن جابر وإن أذن في البيع، وقال: لا غرض لي فيه لم يكن له الطلب بعد البيع، هذا مقتضى حكم رسول الله ﷺ ولا معارضة له بوجه، وهو الصواب المقطوع به.

قال في «أعلام الموقعين»: وهذه طريقة من يرى أنه لا شفعة إلا فيما يقبل القسمة. اهـ.

وقال أهل مكة: إنما شرعت الشُّفْعَةُ لرفع الضرر اللاحق بالشركة، فإن كانا شريكين في عين من الأعيان، بأرث، أو هبة، أو وصية، أو ابتياع، أو نحو ذلك، لم يكن رفع ضرر أحدهما بأدلى من رفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق؛ من الأجنبي، إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه فإنه يصل إلى حقه من الثمن، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع، فيزول الضرر عنهما جميعاً. وهذا مذهب من يرى الشُّفْعَةَ في الحيوان، والثياب، والشجر، والجواهر، والدور الصغار التي لا يمكن قسمتها.

واحتجوا لقولهم هذا بحديث جابر الصحيح «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلِّ ما لم يُقَسَّمْ» وهذا يتناول المنقول، والعقار قالوا: ولأن الضرر بالشركة فيما لم ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة فإذا كان الشارع مريداً لرفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقار، والعروض المنقسمة فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة، لكن المشهور عن الإمام مالك رحمه الله أنها لا تجوز في كل المنقولات بل في نوع منها.

والحنفية رضوان الله عليهم يقولون: الضرر الذي قصد الشارع رفعه هو ضرر سوء الجوار والشركة في العقار والأرض، فإن الجار قد يسيء الجوار غالباً فيعلي الجدار، ويتبع العثار ويمنع ضوء النهار، ويشرف على العورة، ويطلع على العثرة، ويؤذي جاره بأنواع الأذى، ولا يأمن جاره بوائقه ـ كما قال الفقهاء ـ وهذا مما يشهد به الواقع.

ولا يظن ظان أن ضرر الدخيل موهوم، ربما يكون وربما لا يكون؛ لأنه مميز عاقل فيمنعه عقله من الإضرار بالغير، وضرر المشتري ـ وهو أخذ الملك منه بلا رضاه ـ متحقق فلا يلتزم الضرر المتحقق لرفع الضرر الموهوم. ولو كان ضرر الدخيل موجوداً لا موهوماً يمكن رفعه بالمرافعة إلى السلطان أو بالمقابلة ـ لا يظن فإن ضرر الدخيل ليس موهوماً بل هو غالب، فإن الإنسان لا يمكن الانتفاع بملكه مدة عمره، ولا يتأذى من جاره فنحن نرفع الضرر قبل حلوله، لأنه إذا نزل ربما يمكن دفعه، وربما لا يمكن، فلا فائدة إذاً في الاشتغال بالدفع، والضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن، فلا يمكن رفع جميع ذلك إلى السلطان وفيه حرج، وربما يحصل في المقابلة ضرر فوق ضرر سوء الصحبة. =

....

= وقد يعترض بالمملوك بالإرث، والهبة، والوصية، فإنه لا شفعة فيها مع وجود العلة فلا يصلح ما ذكرتموه حكمة.

فنقول: عدم الثبوت في هذه الأشياء لعلة وجودها. وترتب الأحكام الشرعية التي يتعلق الابتلاء بها إنما هو على الحوادث التي كثر وقوعها.

وأيضاً فإنَّ الشُّفْعَةَ لا يخلو إما أن يثبت فيها بعوض، أو بغير عوض وكل من الشقين باطل. أما بطلان الشق الأول، فلأن الإرث والهبة ـ التي تكون بغير عوض ـ والوصية لا تكون بإزاء المال، فالشفيع إن استحقها بالعوض لزم الاستحقاق في الأشياء التي يكون استحقاقها بلا عوض بالعوض ـ هذا خلف. وأما بطلان الشق الثاني فلأن الشفيع إن استحقها بغير عوض يلزم ثبوت الشفعة بغير عوض وهذا غير مشروع في الشفعة.

وعلى وجه العموم، فهو حق أوجبته الشريعة لرفع المضارة بين الناس في معاملتهم وفي صحبتهم وفي معيشتهم.

وكتب الأستاذ علي زكي العرابي بك منتقداً حكمة المشروعية باعتراضات لا نظنها وجيهة، أو نحسبها خليطاً من اعتراضات الفقهاء الموجهة فيما بينهم على أحكام فرعية لا على أصول المشروعية.

قال الأستاذ في مقدمة كتابه «الشفعة في القوانين المصرية» بند ٢: ولكن إن قلنا: إن البائع لا يلحقه ضرر وليس له أن يتظلم، أو يصدق ذلك على المشتري؟ أليس في الشفعة حجر على حرية التعاقد وضرب على حرية التصرف في الأموال؟ وإن شئت قل: إنها نوع من الغصب لما فيها من تملك مال الغير بغير رضاه؟ أليس فيها حرمان المشتري من ثمرة صفقة بلا سبب سوى تحيز الشارع لشخص آخر وتفضيله عليه بلا مسوغ؟!

كلام جدلي وضرب من المقدمات الشعرية، فليس في الشفعة حجر على حرية التعاقد، ولا ضرب على حرية التصرف، فالشارع لم يبح للشخص أي تصرف فيه إضرار بالغير «لا ضرر ولا ضرار» فالشرع الذي لا يبيح للشخص التصرف في ملكه بما يضر بالغير تطبيقاً للقاعدة السالفة لا يبيح له التصرف في ملكه بطريق النقل على وجه يدفع شريكه في طريق من المشاكل لا يقدر على سلوكها. ولو سلمنا أن فيه حجراً على شخص، فهو حجر لإقامة المجتمع على أسس معقولة من دفع الشر والتخاصم والمشاحة، وكل قانون موضوع فيه تضحية شيء من حرية الشخص في سبيل نظام المجموع، أليس في نفس وضع القانون تقييد لحرية الشخص في سبيل نفع الهيئة الاجتماعية؟ والشفعة من أحسن أنواع الحقوق الجوارية، وأما التعبير بلفظ تحيز الشارع فلا تحسب تعبيراً دقيقاً من قانوني مثله، وكان يمكن تلافيه، وما فائدة الشارع في التحيز لشخص دون آخر لولا ما في التقييد من حكمة يعلمها هو ونلمس نحن آثارها الطيبة؟! ولعل المتشرع الفاضل لو بلي بمشترٍ مشاكسٍ، لشكر واضعَ قانونِ الشفعة، ويسبح بحمده بكرةً وعشيًا.

ثم قال: يعلل الفقهاء سبب مشروعيتها بأنها لمنع الضرر الذي يلحق الشفيع بسبب سوء المجاورة، ولو صدق ذلك لوجب ألا تثبت الشفعة إلا إذا تحقق الضرر، وألا تثبت متى تحقق عدمه إلخ.

إن القانون لم يوضع وضعاً جزئيًا بمعنى أننا نتركه للتقدير وتتبع الأفراد، بل يوضع بقاعدة كلية وهو ما يعبر عنه رجال الفقه بالمظان أو الضوابط الجامعة، فانتقال الملك من حيث هو موجب للضرر وإن تخلف في بعض الأفراد فلا يضر، ونظير ذلك الخمر فهي في نفسها مسكرة، ولا يمنع أنها في بعض الأشخاص =

....

= داعية من دواعي الانشراح والسرور ولا تسكرهم، وللشارع في هذا نظائر كثيرة، بل كل أوضاعه هكذا، ولا نظن القانون يتنكب هذا الطريق، فليس في المقدور تكليف القاضي استقصاء الجزئيات ليعلم الضرر وجوباً أو سلباً.

ثم قال: وغير ذلك فإن الشفعة لا تمنع الضرر عن الشفيع، وإذا منعته فإنها لا تمنعه عن شفيع إلا لتلقيه على شفيع آخر؛ لأن الشفيع لا يكون إلا جاراً أو شريكاً، ففي حالة ما يكون جاراً فإن العقار المشفوع له جار آخر من الجهة الأخرى، وهذا له أيضاً حق الشفعة، وهو بالنسبة للجار الأول أجنبي كالمشتري سواء بسواء، لأنه ليس بينهما اتصال، وبشفعة يصبح جاراً ملاصقاً للأول، فإذا كان مجرد تجدد الجوار هو في حد ذاته سوء المضرة فإن شفعة أحد الجارين للعقار المشفوع تكون ضرراً للجار الآخر، لأنها تسبب له سوء المجاوة. وبعبارة أخرى تجدد المجاورة الذي حجبنا عنه الجار الأول والذي شرعت من أجل منعه الشفعة، وربما كانت الشفعة ضرراً للبائع نفسه الذي يبيع جزءاً من عقاره ليفصل بينه وبين جاره هذا هرباً من أذاه، فإذا شفع هذا الجار في هذا الجزء فات على البائع غرضه واضطر لمجاورته رغم أنفه.

تتلخص هذه الفقرة من كلامه في أننا نرفع ضرراً بإيجاب ضرر آخر، وليس هذا بمسلم، فإننا نرفع الضرر الحادث عن الشفيع الذي أوجده ذلك التصرف، وهو مما يمكن التفادي عنه بجعل الشفيع صاحب الحق في العقار المشفوع فيه، والضرر الذي يحدث بجوار جار للبائع يمكن الشفيع إذا علم أنه يبتعد عنه بإسقاط الشفعة، ولكن لو أجزنا البيع لأرغمنا الشفيع على ضرر لا سبيل لإسقاطه، وليس تجدد الجوار في ذاته ضرراً، بل لأنه مظنة الضرر. على أن الجزء الأخير غير مسلم، فهو لو باع جزءاً من عقاره لا يشفع إلا من بجواره، أما الذي ليس بجواره بأن ترك قطعة من عقاره بجوار جاره فلا سبيل للشفعة فيه، فلا يفوت غرض البائع.

ثم قال: وإذا كان الشفيع شريكاً فإنه وإن كانت الشركة لها مضار حقيقة إلا أنه ممكنه أن يقاسم المشتري، كما كان له ذلك مع البائع الذي كان شريكه الأول، فهو إذا لم تتغير حاله، ولم يحدث ضرر جديد بالبيع، كان يمكن اتقاؤه بالشفعة، وإن قلنا: إنه وإن كان البيع حقيقة لم يمنع حقه في القسمة والتخلص بذلك من الشركة، إلا أن القسمة تحتاج إلى مصاريف، ولها متاعب يمكن الخلاص منها بالشفعة؛ لأنه يصبح المالك الوحيد للعقار، فلا تتصور القسمة أو على الأقل ينقص عدد الشركاء فتزداد سهولة الانتفاع بالعين فيرد على ذلك بأن الشريك الذي يريد أن يبيع حصة ممكنه أن يقاسم شريكه أو لا فتنتهي الشركة ويصبح كل منهما جاراً للآخر، وعلى كل حال هل يجوزُ عدلاً نزع ملكية المشتري وحرمانه من ربحه في صفقة الذي قد يوازي أضعاف المصاريف التي يمكن أن يتكبدها الشريك الآخر في القسمة؟ وهذا كله لأجل أن لا يتكلف هذا الشريك تلك المصاريف؟

هذا كلام قد كفانا الحنفية مؤونة الرد عليه بتعليل الشفعة بدفع ضرر الجوار، ولكن مع هذا سنرد عليه؛ لأنه لا يريد النقص على مذهب خاص، بل على مشروعية الشفعة في ذاتها.

نعم إن الشفيع يمكنه مقاسمة المشتري كما كان يقاسم الشريك، ولكن من يدريه أن الشريك الجديد سيكون كسلفه القديم، حسن شركة ومعاملة، فإن كان الشريك الجديد أي المشتري مضارًا فقد كفى الله الشفيع الضرر بتمليكه الحق في الأخذ، وإن كان ذا جوار صالح وشركة طيبة ـ فقد أجاز الله للشفيع حق إسقاط الشفعة وقبول الضيف الجديد. وما توهمه من ضرر وحجر على البائع في تمليكه عقاره كما يشتهي ويريد فقد بينا في صدر البحث أنه لا محل لهذا الكلام، وإن ما ذكره مقدمات شعرية نظرية، وأن الشفعة =

يندفع إلا بأخذ كل الدّار بالشفعة، فدل أن سبب الاستحقاق في الشركة هو أصْل الشركة وقد استويا فيه، فبعد ذلك لا يخلو: إما أن يأخذ أحدهما الكُلّ دون صاحبه، وإما أن يأخذ كل واحد منهما الكُلَّ لا سبيل إلى الأول؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من صاحبه ولا سبيل إلى الثاني؛ لاستحالة تملُّك دار واحدة في زمان واحد من اثنين على الكمال، فتنصف بينهما عملاً بكمال السبب بقدر الإمكان، ومثل هذا جائز، فإنَّ من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين؛ لأن بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث، إلا أنه لا يمكن إثبات الملك في مال واحد / لكل واحد منهما على الكمال؛ لتضايق المحلّ، فينصف بينهما فكذا هذا. ١٦٨/٣ ب

وكذلك إذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت، بأن كان جوار أحدهما بخمسة أسداس الدار، وجوار الآخر لسدسها ـ كانت الشفعة بينهما نصفين؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو أصل الجوار.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان للدار شفيعان، فأسقط أحدهما الشفعة ـ أن للآخر أن يأخذ كل الدّار بالشُّفعة؛ لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما، وإنما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينا؛ فإذا أسقط أحدهما زال التزاحم والتعارض، فظهر حق الآخر في الكلّ فيأخذ الكل.

وكذلك لو كان الشفعاء جماعة، فأسقط بعضهم حقه ـ فللباقين أن يأخذوا الكل بالشُّفعة لما قلنا.

ولو كان للدَّار شفيعان وأحدهما غائب، فللحاضر أن يأخذ كل الدار بالشفعة؛ لأن سبب ثبوت الحق على الكمال وجد في حقه، وقد تأكد حقه بالطلب، ولم يعرف تأكد حق الغائب

= مليئة بالمحاسن، ولو لم يكن لها إلا أنها تدفع حالاً جديداً وطوراً حادثاً قد لا يسد ولا يرضى لَكفى.

وأما قوله: وكأن الفقهاء قد لاحظوا ذلك فصاروا لا يضعون باب الشفعة إلا عقب باب الغضب، ويذكرون صراحة وجه المناسبة بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضاه، ثم عمدوا إلى تخفيف وطأتها بالتوسع في مسقطاتها. . . . إلخ. فهذا أمر لا يعنينا إنما نبحث نحن عن حكمه، وسره وما فيه من محاسن تبيح قبوله، وتبين لنا ما فيه من منافع في باب العقود الناقلة للملكية.

ولسنا نقول هذا متعصبين، ولكن نقول جهاراً إن محاسنها باهرة جليلة يتقبلها كل عاقل بالقبول الحسن، ولو كان في دليله مقدمة أو نتيجة مقنعة لقبلناها على العين والرأس، ولسلمنا له كل ما بني عليها. ولكن ها نحن أولاء قد وضعنا كل ما قاله في متناول الناظر، وهو حر في التقدير والترجيح.

وأما الفقهاء فإنما قالوا بما قالوا من مسقطاتها؛ فلأنه حق مجرد بني على حسن الجوار ولم يترتب على عين كبقية حقوق الارتقاء ونظائرها. وقد ذكروا في مسقطات الحقوق ما يؤيد ما ذكرنا وفي الرجوع لها الكفاية. ينظر: الشفعة لشيخنا «أبي سعده».

[بالطلب][1] لأنه محتمل أن يطلب، ويحتمل ألاَّ يطلب أو يعرض، فلم يقع التعارض والتزاحم، فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم، بل يقضي له بالكل؛ عملاً بكمال السبب من غير تعارض، بخلاف ما إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم، فهلك الرجل وترك ألف درهم وأحد صاحبي الدين غائب ـ أنه لا يسلم إلى الحاضر إلا خمسمائة؛ لأن هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد، فيقسم بينهما على السّوية؛ لوقوع التعارض والتزاحم.

وكذلك لو كان للدار شُفَعاء بعضهم غائب وبعضهم حاضر ـ يقضي بالدار بين الحضور على عدد رءوسهم لما قلنا؛ ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض، لم يصح جعله في حق غيره، وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رءوس من بقي؛ لأن حق الشُّفعة مما لا يحتمل النقل؛ لأنه ليس بأمر ثابت في المحل فبطل الجعل في حق غيره، وسقط حقه لكون الجعل دليل الإعراض، وبقي كل الدار بين الباقين، فيقسمونها على عدد الرءوس لما ذكرنا.

ولو كان أحدهم حاضراً فقضى له بكل الدار، ثم جاء آخر يقضي له بنصف ما في يد الحَاضِر، فإن جاء ثالث يقضِي له بثلث ما في يد كل [واحد][2] منهما؛ لوقوع التعارض والتزاحم؛ لاستواء الكل في سبب ثبوت الحق وتأكده، فيقسم بينهم على السوية.

ولو أخذ الحاضر الكلَّ ثم قدم الغائب وأراد أن يأخذ النِّصف، فقال له الحاضر: أنا أسلم لك الكل، فإما أن تأخذ أو تدع ـ فليس له ذلك وللذي قدم أن يأخذ النصف؛ لأن القاضي لما قضى للحاضر بكل الدار تضمّن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف، وصار الغائب مقضيًا عليه في ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك، وإن بطل القضاء لكن الحق بعد ما بطل لا يتصور عوده؛ ولو قضى بالدار للحاضر ثم وجد به عيباً فرده، ثم قدم الغائب ـ فليس له أن يأخذ بالبيع الأول إلا نصف الدّار، سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء، وسواء كان قبل القبض أو بعده؛ لما ذكرنا أنه لما قضى القاضي للحاضر بكل الدار بالشُّفعة ـ فقد أبطل حق الغائب عن النصف، وصار هو مقضياً عليه ضرورة القضاء على المشتري، فبطلت شفعته في هذا النِّصف فلا يحتمل العَوْد، سواء كان الردّ بالعيب بقضاء أو بغير قضاء؛ لأنه إنما بطل حقه في النصف بالقضاء بالشفعة وبالردّ بالعيب [لا يتبين][3] أن القضاء بالشفعة لم يكن؛ وكذا يستوي فيه الردّ قبل القبض وبعده لما قلنا.

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: لأنه تبين.

ولو أراد الغائب أن يأخذ كل الدار بالشُّفعة؛ يرد الحاضر بالعيب ويدع البيع الأول، ينظر: إن كان الرد بغير قضاء فله ذلك، لأن الردّ بغير قضاء بيع مطلق، فكان بيعاً جديداً في حق الشفعة، فيأخذ الكل بالشفعة كما يأخذ بالبيع المبتدأ؛ هكذا ذكر محمد وأطلق الجواب ولم يفصل، بينما إذا كان الردّ بالعيب قبل القبض أو بعده؛ من مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب محمولٌ على ما بعض لغة القبض؛ لأن الردَّ قبل القبض بغير قضاء / بيع جديدٍ، وبيع العقار قبل القبض لا يجُوز على أصله، وإنما يستقيم إطلاق الجواب على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ.

٣/ ١٦٩ أ

ومنهم من قال: يستقيم على مذهب الكُلِّ؛ لأن رضا الشفيع ههنا غير معتبر لكونه مجبوراً في التمليك، فكان رضاه ملحقاً بالعدم، وإن كان بقضاء فليس له أن يأخذ؛ لأنه فسخ مطلق، ورفع العقد من الأصل كأنه لم يكن، والأخذ بالشُّفعة يختص بالبيع.

ولو أطلع الحاضر على عيب قبل أن يقضي له بالشُّفعة، فسلم الشفعة ثم قدم الغائب ـ فإن شاء أخذ الكل، وإن شاء ترك؛ لأن القاضي إذا لم يقض بالشُّفعة للحاضر، لم يبطل حق الغائب، بل بقي في كل الدار؛ لوجود سبب استحقاق الكل، إلا أنه لم يظهر لمزاحمة [حق][1] الحاضر في الكل، وبالتَّسليم زالت المزاحمة، فظهر حق الغائب في كل الدار.

ولو ردّ الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضى له بالشفعة، ثم حضر شفيعان ـ أخذا ثلثي الدار بالشفعة، والحكم في الاثنين والثلاث سواء، يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا.

وكذا لو كان الشفيع الحاضر اشترى الدَّار من المشتري، ثم حضر الغائب؛ فإن شاء أخذ كل الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني؛ أما الأخذ بالبيع الأول؛ فلأن حق الحاضر في الشفعة قد بطل بالشِّراء من المشتري؛ لكون الشِّراء منه دليل الإعراض فزالت المزاحمة الموجبة للقسمة، فبقي حق الغائب في كل الدار، فيأخذ الكل بالبيع الأول إن شاء، بخلاف الشَّفيع إذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها؛ أنه لا تبطل شفعته؛ لأن البطلان بالإقدام على الشراء، ولا حق له قبل الشّراء ليبطل به.

وأما الأخذ بالبيع الثاني؛ فلأن البيع الثاني وجد ولا حقّ للحاضر في الشفعة، لصيرورته معرضاً بالشراء، فيظهر حق الأخذ بالكُل، ولو كان المشتري الأول شفيعاً للدار، فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب؛ فإن شاء أخذ نصف الدَّار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني.

---

(١) سقط في ط.

أما أخذ النصّف بالبيع الأول؛ فلأن المشتري الأول لم يثبت له حقّ قبل الشراء، حتى يكون بشرائه معرضاً عنه؛ فإذا باعه من الشّفيع الحاضر، لم يثبت للغائب إلا مقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الأول وهو النصف.

وأما أخذ الكلّ بالعقد الثاني؛ فلأن السبب عند البيع الأول أوجب الشُّفعة للكل في الدَّار، وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشُّراء؛ لكون الشراء دليل الإِعراض، فبقي حق المشتري الأول والغائب في كل الدار؛ فيقسم بينهما للتزاحم فيأخذ الغائب نصف الدار بالبيع الأول إن شاء، وإن شاء أخذ الكل بالعقد الثاني، لأن السبب عند العقد الثاني أوجب للشفيع حق الشُّفعة، ثم بطل حق الشفيع الحاضر عند العقد الأَوّل، ولم يتعلّق بإِقدامه على الشّراء الثاني بعقده حق لإِعراضه، فكان للغائب أن يأخذ الدّار بالعقد الثاني.

ولو كان المشتري الأَول أجنبيًا اشتراها بألف، فباعها من أجنبي بألفَيْن، ثم حضر الشفيع، فالشفيع بالخيار؛ إن شاء أخذ بالبيع الأوّل، وإن شاء أخذ بالبيع الثاني؛ لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين، فكان له الخيار، فإِن أخذ بالبيع الأول سلم الثمن إلى المشتري الأول، والعُهْدة عليه وينفسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثَّاني الثمن من الأول؛ وإن أخذ بالبيع الثاني، تم البيعان جميعاً والعهدة على الثاني، غير أنه إن وجد المشتري الثاني والدار في يده ـ فله أن يأخذ بالبيع الثاني، سواء كان المشتري الأول حاضراً أو غائباً، وإن أراد أن يأخذ بالبيع الأول، فليس له ذلك حتى يحضر المشتري الأول والثاني؛ هكذا ذكر القاضي الإِمام الأسبيجابي ـ عليه الرحمة ـ في شرحه «مختصر الطحاوي» ولم يحكِ خلافاً.

وذكر الكرخِيُّ ـ عَلَيْهِ الرَّحْمَةُ ـ: أن هذا قول أبي حنيفة ومحمَّد ـ عليهما الرحمة ـ وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: حضرة الأول ليست بشَرْط، وللشفيع أن يأخذ من الذي في يده، ويدفع إِليه ألفاً ويقال له: اتبع الأول وخذ منه / ألفاً، وإن كان الثاني اشتراه بألفِ، يؤخذ منه ويدفع إِليه ألفاً. ٣/١٦٩

وجه قول أبي يوسف: أن حق الشفعة حق متعلّق بعين الدار، فلا يشترط لاستيفائه حضرَة المشتري.

وجه قولهما: أن الأخذ من غير حضرة المشتري الأول يكون قضاءً على الغائب؛ لأن الأخذ بالبيع الأول يوجب انْفِساخ البيع الأول على المشتري الأول، على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تبارَكَ وتعالى؛ فيكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خَصْم حاضر، وأنه

لا يجوز؛ وقوله: حقّ الشفعة متعلّق بالعين ممنوعٌ، بل لا حقّ في العين، وإنما الثابت حق التَّمليك على المشتري، فلا بد من حضرته، ولو كان المشْتَري باع نصف الدار ولم يبع جميعها، فجاء الشفيع وأراد أن يأخذ بالبيع الأول ـ أخذ جميع الدار ويبطل البيع في النِّصف الثاني من المشتري الثاني؛ لأن سبب استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الأول، فإذا أخذ الكلّ بالبيع الأول انفسخ البيع في النِّصف الثاني من المشتري؛ لأنَّه تبين أنه تقدم على حق الشَّفيع في قدر النِّصف.

وإن أراد أن يأخذ النِّصف بالبيع الثاني، فله ذلك؛ لأن شرط الاستحقاق وهو البيع وجد في النِّصف، وبطلت شفعته في النِّصف الذي في يد المشتري الأول؛ لوجود دليل الإعراض.

ولو كان المشْتَري لم يبع الدار، ولكنه وهبها من رجل أو تصدّق بها على رجل، وقبضها الموهوب له أو المتصدق عليه، ثم حضر الشفيع والمشتري والموهوب له حاضر أن يأخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة؛ لأن كون العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق على ما نذكره إن شاء الله تعالى، ولا بد من حضْرة المشتري، حتى لو حَضَر الشفيع ووجد الموهوب له، فلا خصومة معه حتى يجد المشتري فيأخذها بالبيع الأول. والثمن للمشتري، وتبطل الهبة؛ كذا ذكر القاضي من غير خلاف.

وأما الكرخي، فَقَدْ جعله على الخلاف الذي ذكرنا: أن الذي في يده الدار ـ وهو الموهوب له ـ لم يكن خصماً عندهما، وعند أبي يوسف: يكون خصماً كما في البيع؛ ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوماً وسلمه إلى الموهوب له، ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ النِّصف الباقي بنصف الثمن ـ ليس له ذلك، ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثَّمن أو يدع؛ لأن في أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشتري، وإذا أخذ الكل بطلت الهبة، وكان الثمن كله للمشتري لا للموهوب له.

ولو اشترى داراً بألفٍ ثم باعها بألفين، فعلم الشَّفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الأول، فأخذها بقضاء أو بغير قضاء، ثم علم أن البيع الأول كان بألفٍ ـ فليس له أن ينقض أخذه؛ لأنه لما أخذها بالبيع الثاني فقد مَلَكها، وحق التمليك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك له لا يتصوّر، فسقط حقه في الشُّفعة في البيع الأول ضرورة ثبوت الملك له، والثَّابت ضرورة يستوي فيه العلم والجهل.

فإن اشتراها بألف ثم زاده في الثمن ألفاً، فعلم الشَّفيع بالألفين ولم يعلم أن الألف زيادةٌ، فأخذها بألفين، فإذا أخذ بقضاء القاضي، أبطل القاضي الزيادة وقضى له بالألف؛ لأن الزيادة غير ثابتة شرعاً في حق الشَّفيع، فكان القضاء بالزيادة قضاءً بما ليس بثابت فيبطلها

القاضي، وإن أخذها بغير قضاء، فليس له أن ينقض أخذه؛ لأن الأخذ بغير قضاءٍ بمنزلة شراء مبتدأ، فسقط حقه في الشُّفْعة.

ولو كان المشتري حين اشتراه بألف ناقضه البيع، ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الأول، ثم علم به ـ لم يكن له أن ينقضه، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء؛ لأنه اجتمع بيعان لا يمكن الأَخذ بهما، فإذا أخذ بأحدهما انتقض الآخر، والله عز وجل أعلم.

وإذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر، فخاصم الحاضر إلى قاض لا يرى الشُّفعة بالجوار، فأبطل شفعته ثم حضر الغائب، فخاصمه إلى قاض يرى الشفعة ـ قضى له بجميع الدار؛ لأن قضاء القاضي الأَول صادف محل الاجتهاد، فنفذ وبطلت شفعة الحاضر، فبقي حق الغائب في كل الدّار؛ لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ / الكل بالشُّفعة؛ ولو كان القاضي الأول قال: أبطلت كل الشُّفعة التي تتعلق بهذا البيع ـ لم تبطل شفعة الغائب؛ كذا قاله محمد وهو صحيحٌ؛ لأنه قضاء على الغائب، وأنه لا يجوز، والله سبحانه وتعالى أعلم. ٣/ ١٧٠ أ

وأما الذي يخص حالة الاجتماع: فهو أن أسباب استحقاق الشُّفعة إذا اجتمعت يراعي فيها التَّرتيب، فيقدم الأَقوى فالأَقوى، فيقدم الشَّريك على الخليط والخليط على الجار، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الْخَلِيطِ، وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ[١]»[٢] ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب؛ فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح، فإن سلم الشريك وجبت [الشفعة][٣] للخليط.

وإن اجتمع خليطان يقدم الأخصّ على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا، وهذا جواب ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف: أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره.

وجه رواية أبي يوسف: أن الحق عند البيع كان للشَّريك لا لغيره، ألا ترى أن غيره لا يملك المطالبة، فإذا سلم سقط الحق أصلاً؛ والصَّحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق، إلا أنه يرجح البعض على البعض لقوة في التأثير على ما بيَّنا؛ فإذا سلم الشريك التحقت شركته بالعدم، وجعلت كأنها لم تكن، فيراعي الترتيب في الباقي كما لو اجتمعت الخلطة والجوار ابتداء.

---

(١) في أ: الجار.

(٢) تقدم تخريجه بنحو هذا اللفظ.

(٣) سقط في ط.

وبيان هذا في مسائل: دار بين رجلين في سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة، باع أحدهما نصيبه، فالشفعة لشريكه؛ لأن شركته في عين الدَّار وشركة أهل السكة في الحقوق، فكان الشَّريك في عين الدار أولى بالشفعة؛ فإذا سلم فالشفعة لأهل السكة كلهم يستوي فيه الملاصق وغير الملاصق؛ لأَنهم كلهم خلطاء في الطريق؛ فإن سلموا فالشفعة للجار الملاصق.

وعلى ما روي عن أبي يوسف: إذا سلم الشريك سقطت الشفعة أصلاً، ولو انشعبت من هذه السكة سكة أخرى غير نافذة، فبيعت دار فيها فالشفعة لأهل هذه السكة خاصة؛ لأن خلطة أهل هذه السكة السفلى أخص من خلطة أهل السكة العليا؛ ولو بيعت داراً في السكة العليا استوى في شفعتها أهل السكة العليا وأهل السكة السفلى؛ لأن خلطتهم في السكة العليا سواء، فيستوون في الاستحقاق.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: أهل الدَّرب يستحقُّون الشفعة بالطريق إذا كان ملكهم أو كان فناء[1] غير مملوك، أما إذا كان ملكاً لهم فظاهر؛ لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق؛ وأما إذا كان فناء[2] غير مملوك، فلأنهم أخصّ به من غيرهم، فكان في معنى المملوك، وإن كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها ـ فلا شفعة إلا للجار الملاصق؛ لأن الشركة العامة إباحة معنى لما قلنا.

وإن كان مملوكاً فهو في حكم غير النَّافذ، والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك أهله سدّه؛ لأنه إذا كان كذلك يتعلّق به حق جميع المسلمين، فكانت شركته عامة فيشبه الإِباحة.

وعلى هذا يخرج النَّهر إذا كان صغيرة يسقى منه أراضي معدودة أو كروم معدودة، فبيع أرض منها أو كرم إن الشركاء في النهر كلهم شُفعَاء يستوي الملاصق وغير الملاصق؛ لاستوائهم في الخلطة وهي الشركة في الشّرب، وإن كان النهر كبيراً فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشَّوارع.

واختلف في الحدّ الفاصل بين الصغير والكبير، قال أبو حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ: إذا كان تجري فيه السُّفن فهو كبير، وإن كان لا تجري فهو صغير؛ وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أنه قال: لا أستطيع أن أحد هذا بحدٍّ هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك.

---

(١) في أ: فيئا.
(٢) في أ: فيئا.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ رواية أخرى / : أنه إن كان يسقي منه مراحان[١] أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة ـ ففيه الشفعة، وما زاد على ذلك فلا؛ كذا ذكر الكرخي ـ رضي الله عنه ـ الاختلاف بين أصحابنا، والقاضي لم يذكر خلافهم، وإنما ذكر اختلاف المشايخ ـ رحمهم الله ـ: قال بعضهم: إن كان شركاء النهر بحيث يحصون فهو صغير، وإن كانوا لا يحصون فهو كبير، وقال بعضهم: إن كانوا مائة فما دونهم فهو صغير، وإن كانوا أكثر من مائة فهو كبير، وقال بعضهم: هو مفوّض إلى رأي القاضي، فإن رآه صغيراً قضى بالشُّفعة لأهله، وإن رآه كبيراً قضى بها للجار الملاصق. ٣/ ١٧٠ ب

ولو نزع من هذا النَّهر نهر آخر فيه أرضون أو بساتين وكروم، فبيع أرض أو بستان بشربه[٢] من هذا النَّهر النازع، فأهل هذا النهر أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير، ألا ترى أنهم مختصُّون بشرب النَّهر النازع[٣] فكانوا أولى كما في السكة المنشعبة من سكة غير نافذة؛ ولو بيعت أرض على النهر الكبير، كان أهله وأهل النهر النازع في الشفعة سواء؛ لاستوائهم في الشرب.

قال محمد ـ رحمه الله ـ: في قراح[٤] واحد في وسط ساقية جارية، شرب هذا القراح منها من الجانبين، فبيع القراح فجاء شفيعان أحدهما يلي هذه الناحية في القراح، والآخر يلي الجانب الآخر، قال: هما شفيعان في القراح وليست الساقية بحائلة؛ لأن الساقية من حقوق هذا القراح، فلا يعتبر فاصلاً كالحائط الممتد، ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح، ويشرب منها ألف جريب[٥] من هذا القراح ـ فأصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار؛ لأنهم شركاء في الشرب، والشريك مقدم على الجار لما مر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج ما روي عن أبي يوسف، أنه قال في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار: أن الشَّريك أحق بالشُّفعة من صاحب الطريق؛ لأن الشريك في عين العقار أحقّ من الخليط.

وكذلك إذا كانت الدار بين رجلين، ولأحدهما حائط بأرضه في الدار بينه وبين آخر، فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط ـ فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار،

---

(١) في أ: قرحان.
(٢) في ط: شربه.
(٣) النازع: أي النهر المتشعِّبُ من النهر الكبير.
(٤) قراح: الأرض المُخَلاَّة للزرع، وليس عليها بناء. المعجم الوسيط (قرح).
(٥) جريب: مكيال قدر أربعة أقفزة. المعجم الوسيط (جرب).

والشريك في الحائط أولى بالحائط؛ لأن الشريك في الحائط ليس بشريك في الدار، بل هو جار لبقية الدار، والشريك مقدم على الجار؛ وكذلك دار بين رجلين ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين آخر، فباع الذي له شركة في البئر نصيبَهُ من الدار والبئر - فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار، والشَّريك في البئر أحق بالبئر؛ لما ذكرنا أن الشريك في البئر جار لبقية الدار، والشريك مقدّم على الجار.

وكذلك سفل بين رجلين ولأحدهما علو عليه بينه وبين آخر، فباع الذي له نصيب في السّفل والعلو نصيبه - فلشريكه في السفل الشفعة في السّفل، ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو، ولا لشريكه في العلو في السفل؛ لأن شريكه في السفل جار العلو وشريكه في حقوق العلو، وإن كان طريق العلو فيه ليس بشريك له في العلو، والشريك في عين البقعة أو ما هو في معنى البقعة مقدَّم على الجار، والشريك في الحقوق وشريكه في العلو جار للسفل، أو شريكه في الحقوق إذا كان طريق العلو في تلك الدار، ولا شركة له في عين البقعة؛ فكان الشريك في عين البقعة أولى.

ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها، وبقية الدار لآخر، فباع صاحب العلو العلو بطريقة - فالقياس أَنْ لاَ شفعة لصاحب السفل في العلو، وفي الاستحسان تجب.

وجه القياس: أن من شرائط وجوب الشُّفعة أن يكون المبيع عقاراً، والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة؛ كما لا تجب في سائر المنقولات[1].

---

(١) يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراً مملوكاً، فلا شفعة في المنقول؛ لأن الشفعة إنما شرعت لرفع ضرر سوء الجوار على الدوام، وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه، كما يدوم في العقار، والبناء يعتبر منقولاً عندنا فلا يجوز فيه الشفعة، إلا إذا كان تابعاً للعقار أو كان بناء لعلو على سفل لآخر، حيث تجب فيه الشفعة استحساناً؛ لأن حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأبيد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة، أو بناء على أرض محتكرة على رأي بعض فقهائنا، وسيأتي الكلام على الحكر مفصلاً.

والعقار: كما في المغرب: الضيعة. وقيل: كل مال له أصل من دار أو ضيعة. اهـ.

ولا فرق في العقار الذي تثبت فيه الشفعة عندنا بين أن يكون قابلاً للقسمة كالبستان، أو غير قابل كالحمام، وإنما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلاً بالمشفوع، فلا تؤخذ القصاع مع الحمام؛ لأنها غير متصلة به.

وعند الشافعي رحمه الله لا تثبت الشفعة إلا في العقار القابل للقسمة فلا تجب فيما لا يقسم كالبئر والنهر والطريق.

ومبنى هذا الخلاف يرجع إلى أصل وهو أن الشفعة عند الحنفية وجبت معلومة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم، وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة، وفيما لا يحتملها على السواء، وعند الشافعية =

وجه الاستحسان: أن العلو في معنى العقار؛ لأن حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان، فأشبه العار الذي لا يحتمل الهلاك، فكان ملحقاً بالعقار فيعطي حكمه، ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل آخر فبيع العلو ـ فصاحب الدار التي فيها الطريق / أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التي عليها العلو؛ لأن صاحب الدار التي فيها الطريق شريكاً في الحقوق، وصاحب الدار التي عليها العلو جار، والشريك مقدَّم على الجار، فإن سلم صاحب الطريق الشفعة، فإن لم يكن للعلو جار ملاصق، أخذه صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار، لأنه جاره، وإن كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل؛ لأنهما جاران، وإن لم يكن جار العلو ملاصقاً وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار ـ فلا شفعة له؛ لأنه ليس بجار.

٣/ ١٧١ أ

وَلَوْ بَاعَ صَاحِبُ السفلِ السفْلَ، كان صاحب العلو شفيعاً؛ لأنه جاره وليس شريكه، وهو كدارين متجاروتين لأحدهما خشب على حائط الآخر أن صاحب الخشب لا يستحق إلا بالجوار. ولا يستحق بالخشب شيئاً؛ ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو، فصاحب العلو أولى بشفعة الدَّار من الجار؛ لأنه شريك في الحقوق، فكان مقدماً على الجار.

وروي عن أبي يوسف، أنه قال في بيت عليه غرفتان إحداهما فوق الأخرى، ولكل غرفة طريق في دار أخْرَى وليس بينهما شركة في الطريق، فباع صاحب البيت الأوسط بيتَهُ وسلَّم صاحب الطريق: فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعاً؛ لاستوائهما في الجوار؛ فإن باع صاحب العلو، كانت الشفعة للأوسط دون الأسفل؛ لأن الجوار له لا للأسفل.

= وجبت معلومة برفع ضرر خاص، وهو ضرر القسمة فلا يتعدى إلى ما لا يحتمل القسمة، وهذا مع أنه تعليل لمنع التعدية قد أبطلناه فيما تقدم، وروي عن النبي ﷺ: «إنما الشُّفعة فيما لم يُقْسَمْ» من غير فصل. وقال أيضاً: «الشُّفعة في كل شيءٍ عقارٍ أو رَبْعٍ» إلى غير ذلك من العمومات التي تنتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم، كما سيذكر المصنف رحمه الله.

أما الإمام مالك فيرى أن الشفعة تثبت في ثلاثة أنواع:

أحدها: مقصود: وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين.

والثاني: ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينتقل ولا يحول، وذلك كالبئر ومحال النخل ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة، أي أن تكون الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه.

والثالث: تثبت في الثمرة التي لم يتم نضجها، وفي زرع لم يجنى أوان حصاده، ونحو ذلك كباذنجان وبطيخ لم يتم نضجه إلحاقاً لذلك بالعقار، لظهور الضرر، وتثبت أيضاً في السفينة عنده؛ لأنها أحد المسكنين فتجب فيها الشفعة، كما تجب في المسكن الآخر وهو العقار.

وعند أبي حنيفة لا تجري الشفعة في السفينة؛ لأنها منقول، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» ولأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام. ينظر: الشفعة لشيخنا: «أبي سعده».

وعلى هذا يخرج ما روي عن أبي يوسف أنه قال في دار فيها مسيل ماء لرجل آخر، فبيعت الدار: كانت له الشّفعة بالجوار لا بالشركة، وليس المسيل كالشرب؛ لأن صاحب المسيل مختصٌّ بمسيل الماء لا شركة للآخر فيه، فصار كحائط لصاحب إحدى الدارين في الأخرى؛ ولو أن حائطاً بين داري رجلين والحائط بينهما، فصاحب الشرك[1] في الحائط أولى بالحائط من الجار، وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما؛ هكذا روي عن أبي يوسف وزفر ـ رحمهما الله ـ، وروي عن أبي يوسف رواية أخرى: أن الشَّريك في الحائط أولى بجميع الدار.

وجه هذه الرواية: أن الشريك في الحائط شَرِيك في بعض المبيع، فكان أولى من الجار الذي لا شركة له؛ كالشَّريك في الشرب والطريق.

وجه الرواية الأولى: أن الشريك في الحائط شريك، لكن في بقعة معينة وهي ما تحت الحائط لا في بقية الدار، بل هو جار في بقية الدار فكان أولى بما هو شريك فيه، وبقية الدار بينه وبين الجار الآخر؛ لاستوائهما في الجوار، وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينه وبين غيره، فباع الرجل الدار، وطلب الجار[2] الشفعة وطلبها الشريك في البيت ـ فصاحب الشركة في البيت أولى بالبيت، وبقية الدار بينهما نصفان.

قال الكَرْخِي ـ عليه الرحمة ـ: وأصح الرِّوايات عن أبي يوسف: أن الشريك في الحائط أولى ببقية الدَّار من الجار؛ لما ذكرنا من تحقق الشركة في نفس المبيع، والشريك مقدّم على الجار قال: وعن محمد مسألة تدل على أن الشريك في الحائط أولى؛ فإنه قال في حائط بين دارين لكل واحدٍ منهما عليه خشبة، ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخَشَبة، فبيعت إحدى الدارين قال: فإن أقام الآخر بينة أن الحائط بينهما، فهو أحقّ من الجار؛ لأنه شريك، وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكاً، وقوله: أحق من الجار، أي: أحق بالجميع لا بالحائط خاصة، وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الإطلاق.

وروي عن أبي يوسف فيمن اشترى حائطاً بأرضه، ثم اشترى ما بقي من الدار، ثم طلب جار الحائط الشفعة ـ فله الشفعة في الحائط ولا شفعة له فيما بقي من الدار؛ لأنه لم يكن جاراً لبقية الدار وقت البيع؛ إذ الحائط حائل بين ملكه وبقية الدَّار، فلا تجب الشفعة له.

وروي عن أبي يوسف في دار بين رجلين، لرجل فيها طِريق، فباع أحدهما نصيبه من الدار ـ فشريكه في الدار أحق بالشفعة في الدَّار، ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق؛ لأن

---

(١) في أ: الشريك.
(٢) في أ: الرجل.

الطريق إذا كان معيناً كان بمنزلة الحائط على ما ذكرنا، وهذا على الرواية التي تقول: الشَّريك في الحائط جار في بقية الدار / على ما ذكرنا فيما تقدم والله أعلم.

٣/ ١٧١ ب

فصل في شرائط وجوب الشفعة

وأما شرائط وجوب الشُّفعة فأنواع: منها عقد المعاوضة؛ وهو البيع أو ما هو في معناه، فلا تجب الشفعة فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع[1]، حتى لا تجب بالهبة[2] والصدقة والميراث

---

(١) الشفعة إنما تجب في العقار، وشرط ثبوتها المعاوضة وهو البيع، أو ما هو بمعناه، وتثبت الشفعة سواء صدر البيع من المالك نفسه أو من وكيله أو النائب عنه، ويشترط أن تكون المعاوضة معاوضة مال بمال، فإذا لم يكن البدل مالاً معلوم المقدار ـ فلا تصح الشفعة؛ لأن مراعاة شرط الشرع ـ وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم ـ واجبة وهي إنما تمكن عند مبادلة المال بالمال؛ بناء على ذلك لا تجري الشفعة في العقود الآتية:

أولها: ما إذا تزوج رجل امرأة وجعل مهرها بيتاً، كذلك لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بدل أجرة الحمام؛ لأن بدل الدار هنا ليس بمال، وإنما هي الأجرة التي من قبيل المنافع، وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهراً لا تثبت الشفعة أيضاً؛ لأن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونه مقابلاً بالبضع، بخلاف ما إذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى. فإن فيه الشفعة، لأنه مبادلة المال بالمال، لكن لو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فأبو حنيفة لا يوجب الشفعة أيضاً، وأثبتها صاحباه في حصة الألف؛ لأنها مبادلة مالية مقصودة في حق الألف والشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة، وإمامنا يقول: معنى البيع فيه تابع ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع، وكذا لا تستحق الشفعة في دار جعلت بدل خلع أو عوض عتق؛ لأن الخلع أو العتق ليس بمال، ولا مثل له حتى يأخذه الشفيع بمثله، فلا يمكن مراعاة شرط التملك بما تملك به المشتري، فلم يكن مشروعاً. ينظر: الشفعة لشيخنا: «أبي سعده».

(٢) إذا وهب رجل لآخر داراً لا تجب بالهبة شفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو. وفي الهبة إما أن يأخذ الشفيع بالقيمة، وإما أن يأخذ مجاناً بلا عوض. لا سبيل إلى الأول؛ لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الشفعة على التبرع ليست بمشروعة فامتنع الأخذ أصلاً.

أما الهبة بشرط العرض إذا سلمت العين الموهوبة فلا تثبت فيها الشفعة إلا بعد أخذ العوض عند الإمام وصاحبيه.

وقال زفر تجب الشفعة بنفس القصد وقال المصنف: وهذا بناء على أصل وهو أن الهبة بشرط العوض معتبرة عندنا تبرعاً ابتداء معاوضة انتهاء، أي إنها معتبرة كالبيع من وقت تسليم العوض فقط، أما عند زفر فمعتبرة معاوضة ابتداء وانتهاء، أي معاوضة من وقت العقد، ولو وهب رجل عقاراً لآخر من غير شرط العوض، ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك داراً فلا شفعة فيهما لا في عقاد الهبة ولا في دار العوض؛ لأن إعطاء دار العوض هبة مبتدئة إلا أنها اختصت بالمنع من الرجوع، إلا أن تكون عوضاً حقيقة، بدليل أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز، ولو كان عوضاً حقيقة لما جاز؛ لأنه يكون رباً دل أن الثاني ليس بعوض عن الأول حقيقة، فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدئة، فلم تجب به الشفعة. ينظر: الشفعة لشيخنا: «أبي سعده».

والوصية؛ لأَن الأَخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو؛ فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع، فإما: أن يأخذ بالقيمة وإما أن يأخذ مجاناً بلا عوض لا سبيل إلى الأول؛ لأن المأَخوذ منه لم يملكه بالقيمة، ولا سبيل إلى الثاني، لأَن الجبر[1] على التبرع ليس بمشروع، فامتنع الأَخذ أصلاً، وإن كانت الهبة بشرط العِوَض؛ فإن تقابضا وجبت الشفعة؛ لوجود معنى المعاوضة عند التقابض؛ وإن قبض أحدهما دون الآخر، فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة.

وعند زفر: تجب الشفعة بنفس العقد، وهذا بناء على أصل؛ وهو أن الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداءً معاوضة انتهاء، وعنده: معاوضة ابتداء وانتهاء؛ ودلائل هذا الأَصل في كتاب «الهبة» نذكرها هناك إن شاء الله تعالى.

ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض، ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك داراً ـ فلا شفعة في الدارين؛ لا في دار الهبة ولا في دار العوض؛ لأن إعطاء دار العوض هبة مبتدأة إلا أنها اختصت بالمنع من الرجوع، إلا أن تكون عوضاً حقيقة؛ بدليل أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة ـ جاز، ولو كان عوضاً حقيقة لما جاز، لأنه يكون رباً ـ دل أن الثَّاني[2] ليس بعوض عن الأول حقيقة، فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة، فلم تجب به الشفعة، وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصّلح، سواء كان الصلح على الدار عن إقرار أو إنكار أو سكوت؛ لوجود معنى المعاوضة.

أما في الصُّلح عن إقرار فظاهر؛ لأن المدعي ملك المدعي في حق المدعي والمدَّعى عليه، فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضاً عن ملك ثابت في حقهما جميعاً، فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصّلح.

وأما في الصلح عن إنكار؛ فلأن عند المدعي أنه أخذ الدار عوضاً عن ملكه الثابت، فكان الصلح معاوضة في حقه، وكان للشَّفيع فيها حق الشفعة، وكذا في الصُّلح عن سكوت المدعى عليه؛ لأن المدعي إن كان محقاً في دعواه، كان بدل الصلح عوضاً عن ملكه حقيقة؛ وإن كان مبطلاً، كان عوضاً عن ملكه في زعمه، فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه، وكذا تجب الشُّفعة في الدار المصالح عنها عن إقرار؛ لوجود معنى المعاوضة في هذا الصُّلح من الجانبين جميعاً.

وأما عن إنكار فلا تجب به الشفعة؛ لأن في زعم المدعى عليه أن الدار المدّعاة ملكه،

---

(١) في ط: الحد.

(٢) في أ: الباقي.

وإنما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة، فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه، فلم يكن للشَّفيع أن يأخذها منه بالشُّفعة للحال، ولكنه يقوم مقام المدعي في إقامة الحجة، فإن أقام البيِّنة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعي، أو حلف المدعى عليه فنكل، فله الشفعة؛ لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقة، وإن لم تقم له الحجة فلا شفعة له[1].

وكذلك لا تجب الشُّفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت؛ لأَن المدعي إن كان محقًّا في دعواه، كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة؛ وإن كان مبطلاً لم يكن معاوضةً في حق المدعى عليه، فلا تجب الشفعة مع الاحتمال؛ لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشّك في شرطه؛ لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشّك.

ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها؛ سواء كان الصُّلح عن إنكار أو إقرار؛ لأن بدل الصلح ليس بعين مال، فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال، وهذا من شرائط ثبوت الشُّفعة، على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه داراً أخرى؛ فإن كان الصلح عن إنكار تجب في كل واحدة من الدارين الشُّفعة بقيمة الدار الأخرى؛ لأن الصلح إذا كان عن إنكار كان الصُّلح على معاوضة / دارٍ بدار، وإن كان عن إقرار، لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعاً؛ لأنهما جميعاً ملك المدعي. ٣/ ١٧٢ أ

ولو اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة، ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القَبْض أو بعده، فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة بسبب الردّ ـ لم يكن له ذلك؛ لأن الرد بخيار الرؤية والشّرط ليس في معنى البيع.

ألا ترى أنه يرد من غير رضا البائع، بل هو فَسْخ محض في حق الكل، ورفع العقد من الأَصل كأنه لم يكن، فيعود إليه قديم ملكه، فلم يتحقق معنى البيع فلا تجب الشّفعة.

وكذا لو رد عليه بعيب قبل القَبْض أو بعده بقضاء القاضي؛ لأَن الرد بقضاء القاضي فسخ مطلق؛ وإن كان بغير قضاء القاضي، فللشفيع الشفعة؛ لأن الرد بغير قضاء بيع جديد في حقّ ثالث، وكذا الإقالة قبل القبض أو بعده؛ لأنها بيع جديد في حقّ ثالث، ولا تجب الشفعة في القسمة، وإن كان فيها معنى المعاوضة؛ لأنها ليست بمعاوضة محضة، بل فيها معنى الإقرار

(١) فلا تجب الشفعة في دار ادعى فيها الملكية فأنكر المدعى عليه دعوى المدعي وصالحه عنها بمال؛ لأن في زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه، وإنما بذل المال لرفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة ـ للحال، ولكن يقوم مقام المدعي في إقامة الحجة ـ فإن أثبت أن الدار كانت ملكاً للمدعي فله الشفعة.

والتمييز، ألا ترى أنه يجري فيها الجبر، فلم تكن معاوضة مطلقة، فلا تجب فيها الشفعة؛ كما إذا صالح عن دم عمد على دار أنه لا تجب الشُّفعة.

ومنها معاوضة المال بالمال، فلا تجب في معاوضة المال بغير المال؛ لأن الأخذ بالشُّفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري، فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال؛ فإما أن يأخذ بما تملك به المشتري ولا سبيل إليه؛ لأنه تملك بالقصاص، وإما أن يأخذ بقيمة الدَّار ولا سبيل إليه أيضاً؛ لأن المشتري لم يتملك به، فامتنع التملك أصلاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا صالح عن دم العمد على دار، أنه لا تجب الشفعة؛ لأَن القصاص ليس بمالٍ، فلم توجد معاوضة المال بالمال؛ وكذا لو صالح من جناية توجب القِصَاص فيما دون النَّفس على دار لما قلنا.

ولو صالح من جناية توجب الأَرش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالأرش؛ لوجود معاوضة المال بالمال؛ وكذا لو أعتق عبداً على دار؛ لأن العتق ليس بمال، فلم توجد معاوضة المال بالمال.

ومنها معاوضة عين المال بغير[1] المال، فلا تجب في معاوضة عين المال بما ليس بعين المال؛ لما ذكرنا أن التملك بما تملكه به المشتري غير ممكن، والتملك بعين المال ليس تملكاً بما تملك به المشتري، فامتنع أصلاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا جعل الدار مهراً؛ بأن تزوج على دار، أو جعلها بدل الخُلْع؛ بأن خالع امرأته على دار، أو جعلها أجرة في الإِجارات؛ بأن استأجر بدار؛ لأن هذا معاوضة المال بالمنفعة؛ لأن حكم الإِجارة ثبت في المنفعة، وكذا حكم النِّكاح وهو الصَّحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف، والمنفعة ليست [بعين مال][2]، وهذا عند أصحابنا ـ رحمهم الله ـ[3].

(١) في ط: بعين.

(٢) في ط: بمال.

(٣) فإذا تزوج امرأةً على شقص أصدقها إياه، وكذا لو خالعها عليه، وجبت فيه الشفعة للشفيع. قال الشافعي: فإن تزوجها على شقص فهو للشفيع بقيمته.

وقال أبو حنيفة: «لا شفعة فيه» استدلالاً بأمرين:

الأول: أنه مملوك بغير مال، فلم تجب فيه الشفعة كالهبة والميراث، فقد قاسه على الهبة والميراث، بجامع أن كلاً ملك بغير مال.

الثاني: أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد، وليس بين الشفيع وبينها عقد أو شبهه. =

....

= واستدل علماء الشافعية: بعموم قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يَقْسَمْ»، ولأنه عقد معاوضة فجاز أنه تثبت فيه الشفعة كالبيع؛ ولأن الشفعة وضعت لرفع الضرر عن الملك، فوجب أن تثبت فيما جعل صداقاً كالرد بالعيب، ولأن قبض وجب في عقد البيع وجب في عقد الصداق كالقبض الأول.

بيان ذلك: أن في البيع يتعين قبض المشتري من البائع، والشفيع من المشتري، ثم وجب في الصداق قبض الزوجة من الزوج، فوجب قبض الشفيع من الزوجة.

وأما الجواب عن قوله: «إنه مملوك بغير مال»، فهو أن البضع في حكم الأموال لأمرين:

الأول: أنه يعاوض عليه بالمال في الصداق والخلع، وما لم يكن في حكم الأموال لا يجوز أن يعاوض عليه بالمال.

الثاني: أنه معتبر في اغتصابه بالمال، وما لم يكن مالاً لم يقوم عند استهلاكه بالمال. ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بذل، فلم تجب الشفعة فيه، والصداق ببذل؛ فوجبت فيه.

وأما الجواب عن قوله: «إن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد - فهو غير مسلم؛ لأن المغتصبة مقومة البضع على غاصبها عندنا، والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا، فصار بضعها متقوّماً في غير عقد وشبهه في حقها وحق غيرها، فلا مانع من تقويمه في شفعة صداقها.

فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلع، فمذهب الشافعي أنه مأخوذ بمهر المثل.

وقال «مالك» ومن تبعه: «يؤخذ بقيمته لا بمهر المثل؛ لأن المهور قد يزاد فيها وينقص؛ فخالفت البيوع». وهذا مردود لوجهين:

الأول: وجود هذا المعنى في الأثمان، لجواز زيادتها ونقصانها، فلم يمنع أخذ الشقص بمثل الثمن، كذلك لا يمتنع في الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع.

الثاني: أن ما لا مثل له من الأعواض، يجب الرجوع فيه إلى قيمة العوض. دون الشقص كالعبد، والثوب، كذلك البضع الذي لا مثل له يجب الرجوع إلى قيمته من مهر المثل دون الشقص.

فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل، فسواء كان قيمة الشقص مساوياً لمهر المثل، أو أزيد، أو أنقص، حتى لو كان مهر المثل ديناراً، وقيمة الشقص مائة دينار أخذه بالدينار، فعلى هذا لو اختلفا في مهر المثل فترافعا فيه إلى الحاكم؛ اجتهد في مهر مثلها، وأسقط تنازعهما، فإن تعذر ذلك على الحاكم لموتها، أو تغير حالها، أو لاختلاف ذلك في أصلها وعشيرتها، وأمكن ما قالا - فالقول قولها مع يمينها، كاختلافهما في الثمن.

ثم يتفرع على ما تقدم من هذا الأصل - وهو أن الواجب على الشفيع مهر المثل في الصداق والخلع - ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أن يتزوجها على شقص من دار ويأخذ منها ديناراً، فيصير الشقص في مقابلة البضع والدينار، فيكون ما قابل الدينار بيعاً، وما قابل البضع صداقاً فيخرج على قوليه قولين، من اختلاف قوليه في العقد إذا جمع بيعاً وصداقاً: أحدهما: باطل فيهما، ولا شفعة فيه.

والثاني: جائز فيهما، فعلى هذا يأخذ الشقص بمهر المثل وبدينار؛ لأن الصداق في الشقص مأخوذ بمهر المثل، والمبيع منه مأخوذ بالدينار الذي هو الثمن، فلو قال الشفيع: أنا أخذ المبيع من الشقص دون الصداق كان له ذلك؛ لأن كل واحد منهما عقد يختص بحكم وإن جمعهما صفقة، فعلى هذا ينظر في قدر مهر المثل، فإذا كان خمسة دنانير مثلاً ضم الدينار الثمن، وقسم الشقص على ستة أسهم، فيكون

وقال[١] الشافعي ـ رحمه الله ـ: هذا ليس بشرط، وتجب الشُّفعة في هذه المواضع. فيأخذها الشفيع بقيمة البضع وهي مهر المثل في النكاح والخلع، وفي الإجارة بأجرة المثل.

وجه قوله: أن الأَخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري عند الإمكان، وعند التعذر تقام قيمته مقامه، ألا ترى أنه لو اشترى داراً بعبد، فالشفيع يأخذها بقيمة العبد لتعذر الأَخذ بمثله، إذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه، كذا ههنا، والمنافع تتقوّم بالعقد بلا خلاف فتقام قيمة العوض مقامه.

ولنا: أن المنافع في الأصل لا قيمة لها على أُصول أصحابنا، والأصل فيها ألاَّ تكون مضمونة؛ لأن الشيء يضمن بمثله في الأَصل والعرض لا يماثل العين؛ ولهذا قالوا: أنها لا تضمن بالغَصْب والإِتلاف، إلا أنها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة ولحاجة الناس، فبقي ما وراء ذلك على الأَصل، فلا يظهر تقومها في حق الشفيع.

ولو تزوج امرأة على دار، على أن ترد المرأة عليه ألفا ـ فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وقال أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: تجب الشفعة في حصة الألف.

= المبيع منه بالدينار السدس، فيأخذ الشفيع سدس الشقص بدينار، وهو القدر المبيع منه، ولو قال: أخذ الصداق من الشقص دون المبيع، أخذ خمسة أسداسه بمقدار مهر المثل، وهو خمسة دنانير.

الفرع الثاني: أن يتزوجها على شقص من دار ودينار، فيكون الصداق شقصاً وديناراً، فيأخذه الشفيع بحصته من مهر المثل، وهو أن يُقوم الشقص، فإن كانت قيمته ثلاثة دنانير صار الصداق كله أربعة دنانير، فيكون الشقص في مقابلة ثلاثة أربع الصداق، فيأخذه بثلاثة أرباع مهر المثل، زائداً كان أو ناقصاً.

الفرع الثالث: مركب من الفرعين السابقين، وهو أن يتزوجها على شقص من دار وعبد، على أن يأخذ منها ثوباً، فيكون ما قابل الثوب من الشقص والعبد مبيعاً، وما قابل البضع صداقاً. فيخرج على ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: البطلان فيهما جميعاً ولا شفعة، ويترادّان، ولها مهر المثل.

والثاني: أنه جائز فيهما جميعاً، فعلى هذا تسقط الشفعة في العبد، ويستحق الشقص بحصته من مهر المثل وقيمة الثوب، وهو أن ينظر في قيمة الشقص، فإذا كانت عشرة نظر في قيمة العبد، فإذا كانت خمسة علم أن الشقص في مقابلة ثلثي الصداق، وثلثي الثوب، فيأخذه الشفيع بثلثي مهر المثل، وثلثي قيمة الثوب.

فلو قال الشفيع: أريد أن أخذ منه المبيع دون الصداق، نظر قدر ثلثي مهر المثل، فإذا كانت عشرة نظر قيمة ثلثي الثوب، فإذا كانت خمسة علم أن المبيع من الشقص الثلث، والصداق منه ثلثان، فيأخذ ثلث الشقص بقيمة ثلثي الثوب، ولو أراد أخذ الصداق أخذ ثلثي الشقص بثلثي مهر المثل. ينظر: الشفعة لشيخنا: «أبي العنين محمد».

(١) في أ: وعند.

وجه قولهما: أن الدار بعضها مهر وبعضها مبيع؛ فلئن تعذَّر إيجاب الشفعة في حصة المهر، أمكن إيجابها في حصة المبيع، فتجب في حصّته.

/ وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه لا يمكن إيجاب الشفعة في حصَّة المبيع إلا بعد قسمة الدار، وفي قسمتها تقويم المنافع، ولا قيمة لها إلا عند الضرورة على ما بيَّنا، ولأَن المهر في الدار هو الأَصل؛ لأنها إنما دفعت الأَلف لتسلم لها الدار، فإذا لم تثبت الشّفعة في الأصل، فكيف تجب في التابع. ٣/ ١٧٢

ولو تزوجها على مهر مسمًى، ثم باع داره من المرأة بذلك المهر، أو تزوجها بغير مهر مسمًى ثم باع داره من المرأة بمهر المثل ـ تجب فيها الشفعة؛ لأن هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة؛ ولو تزوجها على دارٍ، أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهراً ـ لا تجب فيها الشفعة؛ لأن الغرض منه ليس ببيع بل هو تقدير المهر، فلا تجب الشفعة.

ومنها: أن يكون المبيع عقاراً أو ما هو بمعناه؛ فإن كان غير ذلك، فلا شفعة فيه عند عامة العلماء ـ رضي الله عنهم ـ.

وقال مالك ـ رضي الله عنه ـ: هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في السفن.

وجه قوله: أن السفينة أحد المسكنين، فتجب فيها الشّفعة كما تجب في المسكن الآخر وهو العقار.

ولنا: ما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أنه قال: «[لاَ شُفْعَةَ][1] إلاَّ فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»[2] لأَن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً، وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدَوام[3]، وذلك لا يتحقق إلا في العقار[4] أو ما في معناه وهو العلو، على ما نذكره إن شاء الله تعالى؛ سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ كالحمام والرحا والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا ـ رحمهم الله ـ.

وقال الشافعي: لا تجب الشفعة إلا في عقار يحتمل القسمة، والكلام فيه يرجع إلى أصل تقدم ذكره، وهو أن الشفعة عندنا وجبت معلُولة بدفع ضرر الدّخيل وأذاه على سبيل

---

(١) سقط في ط.

(٢) أخرجه البزار في «مسنده» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٧٨) ثنا عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ فذكره. وقال البزار: لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر.

(٣) في أ: اللزوم.

(٤) في ط زيادة: ولا تجب إلا في العقار.

اللزوم، وذلك يوجد فيما يحتمل القِسْمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء، وعنده: وجبت معلومة بدفع ضرر خاصّ وهو ضرر القسمة، فلا يتعدى إلى ما لا يحتمل القسمة، وهذا مع أنه تعليل لمنع التَّعدية قد أبطلناه فيما تقدم، ورُوِيَ عَنِ النبيِّ ﷺ أنه قال: «إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ»[١] وإذا بيع سفل عقار دون علوه، أو علوه دون سفله، أو بيعا جميعاً ـ وجبت الشفعة؛ أما السفل فلا شك فيه لأنه عقار، وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة إذا كان العُلو قائماً استحساناً، لأن حق البناء على السّفل متعلق به على سبيل التأبيد، فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة.

ولو انهدم العلو ثم بيع السفل، وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبي يوسف، وعند محمد: لا شفعة له؛ ذكره محمد في الزيادات.

وجه قول أبي يوسف: أن البناء وإن بطل فحق البناء قائم، وأنه حق متعلّق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأبيد، فكان بمنزلة البقعة.

وجه قول محمد: أن الشفعة إنما تجب إما بالشركة في الملك أو الحقوق أو [بجوار الملك][٢] ولم يوجد شيء من ذلك، أما الشركة فظاهر الانتفاء وكذا الجوار؛ لأن الجوار كان بالبناء، وقد زال البناء فلا تجب الشفعة.

وذكر في «الزيادات» فيمن باع علواً فاحترق قبل التسليم ـ بطل البيع؛ هكذا ذكر ولم يحك خلافاً، من مشايخنا ـ رحمهم الله ـ من قال: هذا قوله.

فأما على أصل أبي يوسف: ينبغي ألاَّ يبطل؛ لأنه يجعل في حق البناء بمنزلة العرْصَة[٣] فصار كأنه باع العرصة مع البناء، فاحترق البناء.

ومنها زوال ملك البائع عن المبيع؛ لأن الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به؛ فإذا لم يزل ملك البائع، استحال تملك المشتري، فاستحال تملك الشفيع، فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع؛ لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه، حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة؛ لأنه تبين أن المبيع زال عن ملكه من حين وجود المبيع، ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة؛ لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه؛ ولو كان الخيار لهما، لم تجب الشفعة لأجل خيار البائع؛ ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له؛ لأن شرط الخيار للشفيع شرط / لنفسه وأنه يمنع وجوب الشفعة؛ فإن أجاز ٢/١٧٣ أ

(١) تقدم تخريجه.
(٢) في أ: بالجوار.
(٣) العرصة: ساحة الدار، والبقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها. المعجم الوسيط (عرص).

الشفيع البيع، جاز ولا شفعة؛ لأن البيع تم من جهته فصار كأنه باع ابتداء، وإن فسخ البيع فلا شفعة له؛ لأن ملك البائع لم يزل، والحيلة للشفيع في ذلك ألاَّ يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز هو بمضي المدّة، فتكون له الشفعة، وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة؛ لأنه لا يمنع زوال ملك البائع.

ومنها زوال حق البائع فلا تجب الشُّفعة في المشتري شراء فاسداً؛ لأن للبائع حق النقض والردّ إلى ملكه رداً للفساد، وفي إيجاب الشفعة تقرير الفساد، حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطة للفسخ؛ كالزيادة وزوال ملك المشتري ونحو ذلك ـ كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة؛ لأن المانع قيام [حق](1) الفسخ وقد زال؛ كما لو باع(2) بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار، وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار؛ فكذا هذا.

ولو باعها المشتري شِرَاءَ فاسداً بيعاً صحيحاً، فجاء الشفيع ـ فهو بالخيار إن شاء أخذها بالبيع الأول، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني؛ لأن حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين؛ لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه، فكان له الخيار غير أنه إن أَخَذَ بِالبَيع الثَّانِي أَخَذَ بالثَّمنِ؛ وإِنْ أَخَذَ بالبيع الأَوْلِ أخذ بقيمة المبيع يوم القَبْضِ، لأَن الشَفِيعَ يتملكُ بماَ تَملك به المشتري، والمشتري الثاني تملك بالثمن؛ لأنَّ البيع الثَّاني صَحِيحٌ، والبيعَ الصَّحيحُ يفيدُ الملك بالمسمى وهو الثمن، والمشتري الأول تملك المبيع بقيمته؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن، وإنما تعتبر قيمته يوم القبض؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب.

وعلى هذا الأصل يخرج قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فيمن اشترى أرضاً شراء فاسداً، فبنى عليها: أنه يثبت للشفيع حق الشفعة؛ لأن حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل، فزال المانع من وجوب الشفعة، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: لا يثبت؛ لأن حق البائع لم يبطل بالبناء، فكان المانع قائماً.

وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفه ـ رحمه الله ـ في المريض إذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها أجنبي: أنه لا شفعة له، لأن بيع المريض مرض الموت عيناً من أعيان ماله لوارثه فاسد عنده، إلا إذا أجاز الورثة وإن كان بمثل القيمة، ولا شفعة له في البيع الفاسد إلا إذا أجاز، فتجب الشفعة.

ولو باعها من أجنبي بمثل قيمتها، والوارث شفيعها ـ لا شفعة للوارث عنده أيضاً؛ لأنه

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: زال.

يصير كأنه باعها من الوراث ابتداء؛ لتحول ملك الصفقة إليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث، وذلك فاسد عنده، وعندهما: تجب الشفعة للوارث؛ لأن العقد جائز.

هذا إذا باع بمثل القيمة، فأما إذا باع وحابى بأن باعها بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف، فإن باعها من الوارث وشفيعها أجنبي ـ فلا شك أنه لا شفعة عند أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ لأن بيعها من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده، فبالمحاباة أولى، ولا شفعة في البيع الفاسد، وعندهما، البيع جائز ولكن يدفع قدر المحاباة فتجب الشفعة، ولو باع من أجنبي فكذلك لا شفعة لوارث عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ؛ لأن الشفيع يأخذها بتلك الصفقة بالتحوّل إليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما، فكان بيعاً من الوارث بالمحاباة، وسواء أجازت الورثة أو لم يجيزوا؛ لأن الإجازة محلها العقد الموقوف والشراء وقع نافذاً من المشتري؛ لأن المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الأجنبي، فلغت الإجازة في حق المشتري فتلغو في حق الشفيع أيضاً[1].

---

(١) مذهب الشافعية وللوارث الشفعة، وإن استغرق الدَّين التركة، فلو مات وله شقص من دار وعليه دين، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين، فللوارث أخذه بالشفعة، بناءً على أن الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة للوارث.

وإن باع الورثة في الدين بعض دار الميت لم يشفعوا، بأن يأخذ كل منهم ما خرج عن ملكه بما بقي، ولو كانوا شركاء له فيها؛ لأنهم إذا ملكوها كان المبيع جزءاً من ملكهم، فلو أخذوا بالشفعة، لأدى الحال أن يأخذ بها ما خرج عن ملكهم، كما لو وكل في بيع شقص من داره، ليس له الأخذ بها؛ لأن المبيع ملكه. ويجوز أن يأخذ كل منهم نصيب الباقي بالشفعة، فمذهبنا أن حقَّ الشفعة يورث وينتقل بموت الشفيع قبل عفوه إلى ورثته.

وقال أبو حنيفة: «الشفعة لا تورث، وقد بطلت بموت الشفيع» مستدلاً بأنه خيار موضوع لاستخلاف مال، فوجب أن يبطل بالموت، قياساً على خيار البذل والقبول، ولأن الشفيع يستحق بشفعته رفع الضرر عن ماله، كالزوج يستحق باللِّعان رفع الضرر الداخل عليه في نسبه، وقد ثبت أن اللِّعان يبطل بالموت، ولا يصير مورثا، فوجب أن تبطل الشفعة بالموت، ولا تصير موروثة.

قال: ولأن ملك الورثة مستحدث بعد وجوب الشفعة، وحدوث الملك بعدها يمنع من إيجابها، كمن استوهب ملكاً بعد وجوب الشفعة. لم يستحق بها شفعة. قال: ولأن الحقوق الموروثة إذا عفا عنها المريض، كان عفوه عنها مردوداً كالدِّيون، فلما كان عفو المريض عن الشفعة صحيحاً، وليس للورثة اعتراض عليه، دلَّ على أنه غير موروث.

قال: ولأن ما ورث بالأسباب والأنساب انتقل إرثه عند عدمهم إلى بيت المال، فلمّا لم يجز للإمام أن يأخذ بالشفعة لبيت المال ما صار ميراثه إلى بيت المال، دلّ على أن الشفعة غير موروثة ميراث الأموال.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾. ولأنه حق يلزم بالبيع، فوجب أن يكون موروثاً كالردّ بالعيب؛ ولأن الشفعة من حقوق الملك، فوجب أن تكون موروثة مع الملك كطرق الأملاك ومرافقها، ولأن الموت يسقط التكليف، وما يسقط به التكليف لم يبطل به الشفعة كالجنون.

وأما الجواب عن قياسهم على خيار البذل والقبول، فهو أنه منقوض بخيار الردّ بالعيب، ثم خيار البذل =

وأما عندهما: فقد اختلفت الروايات فيه: في رواية كتاب الشفعة من «الأصل» و«الجامع»: لا شفعة له، وفي رواية كتاب «الوصايا»: له الشفعة، وهي من مسائل الجامع تعرف ثمة إن شاء الله تعالى.

ومنها ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة؛ لأن سبب الاستحقاق جواز الملك والسبب إنما / ينعقد سبباً عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود، ٣/ ١٧٣ ب فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار باعها قبل الشراء، ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً، وقضى القاضي بجوازه أو لم

= والقبول يجوز أن يورث، لولا أنه مستحق على الفور، فبطلاق ميراثه بتراخي زمانه لا لاستحالة إرثه.
ثم المعنى في خيار القبول أنه لمّا لم يجز أن يستنيب المبذول له من يقبل عنه، لم ينتقل إلى وارثه، ولما جاز أن يستنيب الشفيع من يطالب عنه انتقل ذلك إلى وارثه. وأما الجواب عن قياسهم على اللِّعان، فهو أن النيابة في اللِّعان لا تصح، وليس المنع من أخذ العوض عن الشفعة بمانع من أن يورث، كالردّ بالعيب لا يجوز أخذ العوض عنه، ويجوز أن يورث.
وأما الجواب عن استدلالهم بأن ملك الورثة طارىء، فهو أنهم ليسوا مالكين لأنفسهم بالطارىء من ملكهم، وإنما تنتقل إليهم ميراثاً عن ميتهم، فقاموا فيه مقامه، كمن أوصى له بابنه المملوك، فمات قبل قبوله وترك ابناً آخر، فقبل الوصية بأخيه بعد موت أبيه، عتق عليه، وإن كان الأخ لا يعتق على أخيه؛ لأنه قبلها نيابة عن أبيه.
وأمّا الجواب عن استدلالهم بأن الحقوق الموروثة ردُّ عفو المريض عنها كالدُّيون، فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك، فبعضهم يجعل للوارث إبطال عفوه، فعلى هذا الاعتراض.
وقال الأكثرون ـ وهو الصحيح ـ: إن عفوه ماض، ولا اعتراض عليه للوارث؛ لأنهم إنما يعترضون عليه فيما استقر عليه ملكه من الأملاك، ولم يستقر هاهنا ملك، وإنما هو سبب يقضي إلى الملك، فصار كقبض الهبة الذي تملك به لو رده المريض، لا اعتراض للورثة عليه، وإن جاز أن يقوموا في القبض مقامه. . . . .
وأمّا الجواب عن استدلالهم بأن ما كان موروثاً صار لبيت المال عند عدم الورثة إلى آخره، فهو أن لأصحابنا فيه وجهين:
أحدهما: أنه موروث لبيت المال، ويستحق الإمام أخذه بالشفعة لكافة المسلمين، إذا رأى ذلك مصلحة.
والثاني: لا شفعة؛ لأنها إنما تجب لرفع الضرر، ولا ضرر بخلاف الوارث الذي يختص بالتصرف، فيلحقه الضرر، فيستحق الشفعة.

«فَصْلٌ»

فإذا ثبت صحة ميراث الشفعة على ما ذكرنا، لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده، فإن كان قبل البيع، فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة، ولم يكن للمورث فيها حق، لتقدم موته على البيع، وتكون بين جميع من ملك ميراث الحصة، وفيها قولان:
أحدهما: أنها بينهم على عدد رؤوسهم، على ما حكاه المزني عن الشافعي.
والثاني: أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم، فعلى هذا لو عفا أحد الورثة كان لمن بقي ولو واحداً، أن =

يقض على قول من يجيز الوقف؛ لأنه زال ملكه عنها لا إلى أحد، ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الإنكار بحجة مطلقة وهي البينة، وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته، وعلى هذا يخرج ما إذا أنكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع؛ أنه ليس له أن يأخذ بالشُّفعة حتى يقيم البينة أنها دارُه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عنه رواية أخرى: أن هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع، ولا يحتاج إلى إقامة البينة، وهو قول زُفرٍ والشافعي ـ رحمهما الله ـ.

وجه هذه الرواية: أن الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدّار؛ لوجود سبب الثبوت، وما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل؛ ولأن اليد دليل الملك؛ ألا ترى أن من رأى شيئاً في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك ـ دلّ أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر، فكان الملك ثابتاً للشَّفيع ظاهراً.

وجه ظاهر الرواية: أن سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه، وإنَّما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للإلزام على الغير؛ كحياة المفقود وحرية الشهود ونحو ذلك، والحاجة ههنا إلى إلزام المشتري، فلا يظهر الملك في حق المشتري.

= يأخذ جميع الشفعة كالشركاء إذا عفا بعضهم، عاد حقه إلى من بقي....
وإن مات بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع، وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته، وهي بينهم على قدر مواريثهم.... قولاً واحداً؛ لأنهم لم يأخذوها بأنفسهم، وإنما ورثوها عن ميتهم، فكانت بينهم على قدر مواريثهم، ويكون تأويل ما نقله المزني عن الشافعي: إن امرأته وابنه في ذلك سواء يعني: في استحقاقها لجميع الورثة، لا يختص بها بعض دون بعض.
فعلى هذا لو أن بعض الورثة عفا عن حقِّه من الشفعة فهل يرجع ذلك على باقي الورثة؟ قولان حكاهما المروزي:
أحدهما: يرجع على من بقي من الورثة، فعلى هذا لو حضر مطالباً بالشفعة، قضى له به.
والقول الثاني ـ وهو أصح ـ: أنه لا يرجع على من بقي؛ لأنهم شفيع واحد، وليسوا كالشركاء الَّذين كل واحد منهم شفيع كامل، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشيء حتى يجتمعوا.
فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بعفوه شفعة من بقي؟ وجهان:
أحدهما: أنها قد بطلت، وسقط حق من لم يعف؛ لأنها شفعة واحدة عفي عن بعضها، كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته، فإنه مسقط لجميعها. والثاني: أن من لم يعف على شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه، ولا يكون عفو غيره مبطلاً لحقه، بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته؛ لأنه قد كان له أخذ الجميع فكان عفوه عن البعض مسقطاً، وليس كذلك أحد الورثة؛ لأنه لا يملك منها إلا بقدر حصته، فلم يبطل بالعفو غير حقِّه، ولأن العافي عن البعض مختار للعفو، فجاز أن يسري عفوه في جميع حقه، وليس الباقي من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفو غيره في حقِّه. ينظر: الشفعة لشيخنا أبي العنين محمد.

وقوله: اليد دليل الملك، قلنا: إن سلم ذلك، فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير، والحاجة ههنا إلى الاستحقاق على المشتري، فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد.

وذكر عن أبي يوسف فيمن ادَّعى على آخر داراً، وأقام البينة على أن هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يده ـ أنه يقضي له بالدار، فإن جاء يطلب بها شفعة دار أخرى إلى جنبها، لم يقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك ـ لم يجعل القضاء باليد قضاء بالملك على الإِطلاق حيث لم يوجب به الشفعة.

وعلى هذا يخرج ما ذكر عن محمّد؛ أنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة، ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة، فبيعت إحدى الدارين: أنه إن أقام الآخر بينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار؛ لأنه شريك، وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكاً؛ لأن ملك الحائط بينهما لم يثبت إلا بظاهر الاستعمال بالخشبة، والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشّفعة، قال: ولو أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما، لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دارٍ في يد رجل أقر أنها لآخر، فبيعت إلى جنبها دار، فطلب المقر له الشفعة ـ فلا شفعة له حتى يقيم البينة أن الدار داره؛ لأن الملك في الموضعين جميعاً ثبت بالإِقرار، وأنه حجة قاصرة، فيظهر في حق المقر في المسألة الأولى، وفي المسألة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتعدى إلى المشتري.

وَذَكَر في «المنتقى» عَنْ أَبي يُوسُفَ، في رَجُلٍ في يده دار عرف القاضي أنها له، فبيعت دار إلى جنب داره، فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة: داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنةٍ؛ وقال هذا في وقت يقدر على الأخذ بالشفعة أو طلبها لنفسه؛ قال لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بينة على المشتري، أما المقر فلا شك أنه لا شفعة له؛ لأنه لا ملك له وقت البيع في الدار بإقراره بالبيع قبله.

وأما المقر له؛ فلما ذكرنا أن الملك الثابت بالإِقرار ليس بثابت بحجة مطلقة؛ لكون الإِقرار حجة قاصرة، فلا يظهر في حق الاستحقاق على المشتري.

وذكر الخصاف في إسقاط الشفعة: أن البائع إذا أقر بسهم من الدار للمشتري، ثم باع منه بقية / الدار ـ أن الجار لا يستحق الشفعة؛ لأن المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم، والشريك مقدم على الجار، ومن أصحابنا[1] من خطأ الخصاف في هذا وقال: تجب الشفعة

٣/ ١٧٤ أ

(١) في أ: مشايخنا.

للجار؛ لأن شركة المشتري لم تثبت إلا بالإقرار من البائع، والإقرار حجة قاصرة، فلا يظهر في حق الجار فكان على شفعته، وكان يستدل بمسألة الحائط، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها ألاّ تكون الدار المشفوعة ملكاً للشفيع وقت البيع، فإن كانت لم تجب الشفعة؛ لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه، وعلى هذا يخرج ما إذا باع المأذون داراً والمولى شفيعها ـ أنه إن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأنها ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع، فلا تثبت له الشفعة، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون، فكان بمنزلة الأجنبي؛ وكذا إذا باع المولى داراً والمأذون شفيعها وعليه دين ـ فله الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز، وإن لم يكن عليه دين، فلا يتصور الأخذ بالشفعة؛ لأن الأخذ يقع تملكاً للمولى، وتملك المولى محال.

ولو اشترى المأذون داراً والمولى شفيعها؛ فإن كان عليه دين، فلمولاه الشفعة؛ لأن الملك بالشراء لم يقع للمولى، وإن لم يكن عليه دين فلا يستحقّ الأخذ بالشفعة، لأن الملك يقع له، وكذا إذا اشترى المولى داراً والمأذون شفيعها، فإن كان عليه دين فله الشفعة؛ وإن لم يكن فلا يتصور الأخذ بالشفعة لما قلنا.

وأما المكاتب إذا باع أو اشترى داراً والمولى شفيعها ـ فله أن يأخذ بالشفعة، سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأنه فيما يبيع ويشتري مع المولى بمنزلة الأجنبي لأنه حريداً، ألا ترى أنه لا سبيل لمولاه على ما في يده، فكان في حق ما في يده ملحقاً بسائر الأجانب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها عدم الرضا من الشّفيع بالبيع وحكمه؛ فإن رضي بالبيع أو بحكمه، فلا شفعة له؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت له دفعاً لضرر المشتري، فإذا رضي بالشراء أو بحكمه، فقد رضي بضرر جواره، فلا يستحق الدفع بالشّفعة، ثم الرضا قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة.

أما الصَّريح فلا يشكل، وأما الدلالة فنحو أن يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها؛ بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها ـ فلا شفعة له؛ لأن بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه، وهو الملك للمشتري؛ وكذلك المضارب إذا باع داراً من مال المضاربة ورب المال شفيعها، بدار له أخرى ـ فلا شفعة لرب الدار، سواء كان في الدار ربح أو لم يكن.

أما إذا لم يكن فيها ربح فلأن المضارب وكله[1] بالبيع، والرضا بالتوكيل بالبيع رضا

(١) في ط: وكيله.

بالبيع وحكمه ضرورة، وأنه يمنع وجوب الشُّفعة وإن كان فيها ربح، أما في حصة رب المال؛ فلما ذكرنا من وجود دلالة الرضا بالبيع في حصته[١].

وأما في حصة المضارب؛ فلأنه متى امتنع الوجوب في حصة رب المال، فلو ثبت في حصة المضارب، لأدَّى إلى تفريق الصفقة على المشتري، وأنه لا يجوز؛ ولأَن المشتري صار شريكاً للمضارب، والشريك مقدّم على الجار.

ولو كان الشفيع وكيلاً بشراء الدار المشفوع فيها، فاشترى لموكله ـ فللشفيع الشفعة؛ لأن الشراء لغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه، والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة، حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها، ثم حضر شفيع آخر ـ كان له أن يأخذ النّصف بالشفعة فالشراء لغيره لأن لا يمنع الوجوب أولى.

ولو باع رب المال داراً لنفسه، والمضارب شفيعها بدار من المضاربة؛ فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدَّار ـ لم تجب الشفعة؛ لأن الأخذ إذ ذاك يقع لرب المال، وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشتري، وأنه يمنع وجوب الشُّفعة، ولو لم يكن في يده وفاء؛ فإن لم يكن في الدار ربح، فلا شفعة أيضاً؛ لأن الأخذ يقع لرب المال، وإن كان فيها ربح، فللمضارب / أن يأخذها بالشفعة لنفسه؛ لأن له نصيباً في ذلك، ولم يوجد منه الرضا سقوط حقه. ٣/ ١٧٤ ب

ولو اشترى أجنبي داراً إلى جنب دار المضاربة، فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن ـ فله أن يأخذها بالشفعة للمضَاربة، وله أن يسلم الشفعة؛ لأن حق الأَخذ له فيملك تسليمه، وإن لم يكن في يده وفاء؛ فإن كان في الدار ربح، فالشفعة لرب المال والمضارب جميعاً؛ لأَن الدار مشتركة بينهما، وإن لم يكن فيها ربح، فالشفعة لرب المال خاصة؛ لأَن الدار ملْكه خاصة، والشفعة من حقوق الملك.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع الدار على أن يضمن له الشَّفيع الثمن من المشتري، فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع ـ أنه لا شفعة للشفيع؛ لأن ضمان الثمن من المشتري دلالة الرضا بالشراء[٢] وحكمه؛ لأن تمام العقد وإبرامه يتعلق به، فكان دليل الرضا.

وكذا لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن الشفيع الدرك[٣] عن البائع، فضمن وهو

---

(١) في ط: حصتها.

(٢) في أ: بالبيع.

(٣) (الدَّرَك) بفتح الدَّال، وبفتح الراء وإسكانها حكاهُما الجَوهريّ وغيره. قال الجَوهريّ: هو التَبِعَةُ، وقال المتولّي: سُمِّيَ دَرَكاً لالتزامِه الغرَامة عند إدراكِ المُستحق عَيْنَ ماله. ينظر تحرير التنبيه ص (٢٢٨).

حاضر حتى جاز البيع ـ أنه لا شفعة للشَّفيع؛ لأنه لما ضمن الدرك فقد صار راضياً بالعقد وحكمه، وهو الملك للمشتري ـ فلم تجب الشفعة، وأما إسلام الشفيع فليس بشرط. لوجوب الشفعة، فتجب لأهل الذمة فيما بينهم وللذمي على المسلم؛ لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشِّراء منه، والكافر والمسلم في ذلك سواء؛ لأنه من الأمور الدنيوية.

وروي عن شريح أنه قضى بالشفعة لذمي على مسلم، فكتب إلى سيدنا عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ فأجازه، وكان ذلك بمحضَر من الصحابة الكرام ـ رضي الله تعالى عنهم ـ؛ فيكون ذلك إجماعاً.

ولو اشترى ذمي من ذمي داراً بخمر أو خنزير، وشفيعها ذمي أو مسلم ـ وجبت الشفعة عند أصحابنا ـ رحمهم الله ـ.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا تجب؛ بناء على أن ذلك ليس بمال عنده أصلاً حتى لم يكن مضموناً بالإتلاف أصلاً، ومن شرط وجوب الشفعة معاوضة المال بالمال، وعندنا: هو مال متقوّم في حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة لنا، ثم إذا وجبت الشفعة، فإذا كان الشفيع ذمياً، أخذ الدار بمثل الخمر وبقية الخنزير، لأن الخمر عندهم من ذوات الأمثال كالخل، والخنزير ليس من ذوات الأمثال، بل من ذوات القيم كالشاة، وإن كان مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير؛ لأن الأخذ تملك، والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير؛ ومتى تعذر عليه التملك بالعين، تملك بالقيمة كما لو كان الشراء بالعرض ـ أنه يأخذها بقيمة العرض كذا هذا؛ وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة؛ فتجب الشفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان وللصبيان والمجانين وأهل البغي؛ لأنه حق مبني على الملك، وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم، إلا أن الخصم فيما يجب للصبي أو[1] عليه وليّه الذي يتصرف في ماله؛ من الأب ووصيه، والجد لأب ووصيه، والقاضي ووصي القاضي؛ فإذا بيعت دار والصبي شفيعها، كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، والولي يملك ذلك كما يملك الشراء؛ فإن سلم الشفعة صح التسليم، ولا شفعة للصبي إذا بلغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رضي الله عنهما ـ، وعند محمد وزفر ـ رحمهما الله ـ: لا يصحُّ تسليمه، والصبي على شفعته إذا بلغ.

وجه قولهما[2]: أن هذا حق ثبت للصبي نظراً، فإبطاله لا يكون نظراً في حقه، ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي؛ كالعفو عن قصاص وجب للصبي على إنسان، والإبراء عن كفالته بنفس أو مال.

---

(١) في أ: و.
(٢) في ط: قوله.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ ما ذكرنا: أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، فتسليمه امتناع من الشراء، وللولي ولاية الامتناع من الشراء، ألا ترى أن من قال: بِعْت هذا الشيء لفلان الصبي، لا يلزم الولي القبول؛ وهذا لأن الولي يتصرّف في مال الصبي على وجه المَصْلحة، والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه، والولي أعلم بذلك، فيفوض إليه.

وعلى هذا الخلاف إذا سكت الولي أو الوصيَ عن الطلب ـ أنه يبطل / حق الشُّفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ: وعند محمد وزفر ـ رحمهما الله ـ: لا يبطل، وذكر في نوادر أبي يوسف ـ رحمه الله ـ فيمن اشترى داراً وابنه الصغير شفيعها ـ كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة؛ فإن لم يأخذ وسلم لنفسه جاز؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة؛ لأن كل واحد منهما تملك بعوض، ولهذا لو كان وكيلاً بالشراء لغيره، كان له أن يأخذ بالشفعة لنفسه، فلأن يملك الأخذ لابنه أولى، وإذا ملك الأخذ ملك التسليم؛ لأن امتناع عن الأخذ. ٣/ ١٧٥ أ

ولو باع داراً لنفسه وابنه شفيعها، لم يكن له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك، والبيع تمليك، فينافي التملك؛ ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة، وإذا لم يملك الأخذ لم يملك التسليم، فلم يصحَّ تسليمه وتوقف إلى حين بلوغ الصَّبي كما إذا لم يكن له ولي.

وأما الوصي إذا اشترى داراً لنفسه والصبي شفيعها ـ لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير، ولو سلم الشفعة فالصغير على شفعته؛ وكذا إذا باع، لأنه[١] ملك الدار بالشراء لنفسه، فبالأخذ بالشفعة للصغير يزيد تمليك ما ملكه من الصغير، والوصي لا يملك تمليك مال الصغير إلا إذا كان فيه نفع ظاهر له، وإذا لم يملك الأخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليماً للشفعة، فبقي حق الصغير في الشفعة يأخذه إذا بلغ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل فيما يتأكد به حق الشفعة ويستقر

وأما بيان ما يتأكَّد به حق الشفعة ويستقر، فنقول ـ وبالله تعالى التوفيق ـ: إنه يتأكد ويستقر بالطلب، والكلام في الطلب في مواضع: في بيان وقت الطلب، وفي بيان شروطه، وفي بيان كيفيته، وفي بيان حكمه.

أما وقته: فالطلب نوعان؛ طلب مواثبة وطلب تقرير، أما طلب المواثبة فوقته وقت علم

(١) في أ: لابنه.

الشفيع بالبيع، حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته؛ لأنه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره، ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه، وقد يحصل بإخبار غيره، لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة؟ اختلف أصحابنا ـ رحمهم الله ـ فيه: فقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: يشترط أحد هذين، أما العدد في المخبر رجلان أو رجل وامرأتان؛ وأما العدالة فقال أبو يوسف ومحمد: لا يشترط فيه العدد ولا العدالة، حتى لو أخبره واحد بالشفعة عدلاً كان أو فاسقاً، حراً أو عبداً، مأذوناً بالغاً أو صبياً، ذكراً أو أنثى، فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الأصل، أو لم يطلب في المجلس على رواية محمد ـ بطلت شفعته عندهما إذا ظهر كون الخبر صدقاً، وهذا على اختلافهم عن عزل الوكيل، وعن جناية[1] العبد، وعن عجز المولى؛ على ما نذكر في كتاب «الوكالة» فهما يقولان: العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعاً في المعاملات، وهذا من باب المعاملة، فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن هذا إخبار فيه معنى الإلزام، ألا ترى أن حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر، فأشبه الشهادة فيعتبر فيه أحد شرطي الشهادة؛ وهو العدد أو العدالة.

ولو أخبر المشتري الشَّفيع بنفسه فقال: قد اشتريته فلم يطلب [بطلت][2] شفعته، وإن لم يكن المشتري عدلاً؛ كذا روي عن أبي حنيفة؛ لأن المشتري خصم، وعدالة الخصم ليست بشرط في الخصومات، وقالوا في المخيرة إذا بلغها التخيير: أنه لا يشترط[3] في المخبر العدد ولا العدالة.

والفرق لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن الإخبار عن التخيير ليس في معنى الشهادة؛ لخلوه عن إلزام حكم، فلم يعتبر فيه أحد شرطي الشهادة، بخلاف الإخبار عن البيع في باب الشفعة على ما بيَّنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما شرطه فهو أن يكون على فور العلم بالبيع إذا كان قادراً عليه، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطّلب مع القدرة عليه ـ بطل حق الشفعة في رواية الأصل، وروي عن محمد ـ رحمه الله ـ: أنه على المجلس، كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم / يقم عن المجلس، أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر ـ لا تبطل شفعته وله أن يطلب؛ وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ: أن هذا أصح الروايتين.

٣/ ١٧٥ ب

---

(١) في أ: خيار.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: يعتبر.

وجه هذه الرواية: أن حق الشفعة ثبت نظراً للشفيع دفعاً للضرر عنه، فيحتاج إلى التأمل أن هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن؟ وأنه هل يتضرّر بجوار هذا المشتري؟ فيأخذ بالشفعة ولا يتضرر فيترك، وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع، والحاجة إلى التأمل شرط المجلس في جانب المخيرة، والقبول كذا ههنا.

وجه رواية الأصل: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا»[١] وروي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «إِنَّمَا الشُّفْعَةُ كنشط عِقَالٍ إِنْ قيد مَكَانَهُ ثَبَتَ وَإِلاَّ ذَهَبَ»[٢] وفي بعض الروايات: «إِنَّمَا الشُّفْعَةُ كحل عِقَالٍ إِنْ قيدَ مَكانَهُ ثَبَتَ وَإِلاَّ فَاللُّوْمُ عَلَيْهِ»؛ ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس؛ إذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكه؛ لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم، فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة.

وأما الإشهاد فليس بشرط لصحَّة الطلب، حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد ـ صح طلبه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى جلت عظمته، وإنما الإشهاد للإظهار عند الخصومة على تقدير الإنكار؛ لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب أو لا يصدق في الفور،

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٥) كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة، الحديث (٢٥٠٠) والبزار كما في نصب الراية (٤/ ١٧٦) كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة، والبيهقي (٦/ ١٠٨) كتاب الشفعة، باب في مسائل الشفعة، والخطيب في التاريخ (٦/ ٥٧) كلهم من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر قال: قال النبي ﷺ: «لا شفعة لغائب ولا صغير ولا شريك على شريك إذا سبقه بالشراء والشفعة كحل العقال» ولفظ ابن ماجه ـ الشفعة لحل العقال ـ وقال البيهقي: «محمد بن الحارث البصري متروك، ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني ضعيف، ضعفهما يحيى بن معين وغيره من أئمة الحديث) وقال ابن حزم، المحلى (٩/ ٩١) كتاب الشفعة، باب أحكام الشفعة: (هو خبر مكذوب موضوع) وقال ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٤٧٩) رقم (١٤٣٤) سئل أبو زرعة عن حديث رواه عبيد الله بن محمد التيمي المعروف بابن عائشة عن محمد بن الحارث الحارثي عن محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «الشفعة كحل العقال» قال أبو زرعة: هذا حديث منكر ولم يقرأ علينا في كتاب الشفعة وضربنا عليه، وقال الحافظ في حجر في التلخيص (٣/ ٥٦): بلفظ: «لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل العقال» وإسناده ضعيف جداً؟ وقال البزار في رواية: راويه محمد بن عبد الرعمن بن البيلماني مناكيره كثيره، وأورده ابن عدي في ترجمته محمد بن الحارث راوية عن ابن البيلماني، وحكى تضعيفه وتضعيف شيخه، وقال ابن حبان: لا أصل له؛ وقال أبو زرعة: منكر، وقال البيهقي: ليس بثابت، وقال البوصيري في الزوائد (٢/ ٢٨٣) هذا إسناد ضعيف محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني قال فيه ابن عدي: كل ما يرويه ابن البيلماني فالبلاء فيه منه، وإذا روى عنه محمد بن الحراث فهما ضعيفان، وقال ابن حبان حدث عن أبيه نسخه كلها موضوعة لا يجوز الاحتجاج به، ولا ذكره إلا على وجه التعجب.

ويكون القول قوله فيحتاج إلى الإظهار بالبينة عند القاضي على تقدير عدم التصديق؛ لأنه شرط صحة الطلب، ونظيره من أخذ لُقطة ليردها على صاحبها فهلكت في يده - لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله - تبارك وتعالى - [بلا خلاف][١] وإنما الحاجة إلى الإشهاد؛ عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - لتوثيق الأخذ للرد على تقدير الإنكار، إلا أنه شرط البراءة عن الضمان، حتى لو صدقه صاحبها في ذلك ثم طلب منه الضّمان - ليس له ذلك بالإجماع، كذا هذا.

وإذا طلب على المواثبة؛ فإن كان هناك شهود أشهدهم وتوثق الطلب؛ وإن لم يكن بحضرته من يشهد[٢]، فبعث في طلب شهود - لم تبطل شفعته لما قلنا: أن الإشهاد لإظهار الطلب عند الحاجة، لكن يصحُّ الإشهاد على الطلب على رواية الفور، فبطلت الشهادة على الفور ضرورة، وعلى رواية المجلس إذا قال وهو في المجلس: ادْعُو إليَّ شهوداً أشهدهم، فجاء الشهود فأشهدهم صحَّ وتوثق الطلب؛ لأن المجلس قائم، ولو أخبر ببيع الدار؛ فقال: الحمد لله قد ادعيت شفعتها، أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها - فهو على شفعته على رواية محمد؛ لأن هذا يذكر لافتتاح الكلام تبركاً به، فلا يكون دليل الإعراض عن الطلب.

وكذا إذا سلم أو شمت العاطس؛ لأن ذلك ليس بعمل يدل على الإعراض؛ ولهذا لم يبطل به خيار المخيرة؛ وكذلك إذا قال: من ابتاعها؟ وبكم بيعت؟ لأن الإنسان قد يرضى بمجاورة إنسان دون غيره، وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره، فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدّمات الطلب لا إعراضاً عنه، وهذا كله على رواية اعتبار المجلس؛ فأما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعته في هذه المواضع؛ لانقطاع الفوْر من غير ضرورة.

ولو أخبر بالبيع وهو في الصلاة، فمضى فيها فالشفيع - لا يخلو من أن يكون في الفرض أو في الواجب أو في السنّة أو في النفل المطلق؛ فإن كان في الفرض لا تبطل شفعته؛ لأن قطعها حرام، فكان معذوراً في ترك الطلب؛ وكذا إذا كان في الواجب، لأن الواجب ملحق بالفرض في حق العمل، وإن كان في السنة فكذلك؛ لأن هذه السنن الراتبة في معنى الواجب، سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً كالأربع قبل الظهر، حتى لو أخبر بعد ما صلّى ركعتي فوصل بهما الشفع الثاني - [لم تبطل شفعته؛ لأنها][٣] بمنزلة صلاة واحدة واجبة.

وقال محمد: إذا بلغ الشفيع البيع، فصلى بعد الجمعة أربعاً - لم تبطل شفعته؛ وإن صلّى أكثر من ذلك، بطلت شفعته؛ لأن الأربع بتسليمة واحدة سنة، فصار كالركعتين، والزيادة / عليها ليست بسنة.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: يشهده.
(٣) سقط في ط.

وذكر محمد ـ رحمه الله ـ في المخيرة إذا كانت في صلاة النَّفل، فزادت على ركعتين: بطل خيارها؛ لأن كل شفع من التَّطوع صلاة على حدة، والغائب إذا علم بالشُّفعة فهو مثل الحاضر في الطَّلب والإِشهاد؛ لأنه قادر على الطلب الذي يتأكد به الحق، وعلى الإِشهاد الذي يتوثق به الطلب.

ولو وكل الغائب رجلاً ليأخذ له بالشفعة، فذلك طلب منه؛ لأن في التوكيل طلباً وزيادة، وإذا طلب الغائب على المواثبة وأشهد، فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التي يأتي إلى حيث البائع أو المشتري أو الدَّار لا زيادة عليه؛ لأن تأجيل هذا القَدْر للضرورة، ولا ضرورة للزيادة.

أما طلب التقرير، فشرطه أن يكون على فور الطَّلب الأول والإِشهاد عليه، فإذا طلب على المواثبة، وأشهد على فوره ذلك شخصاً إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار إذا كان قادراً عليه؛ وتفصيل الكلام فيه: أن المبيع إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع فالشفيع بالخيار؛ إن شاء طلب من البائع، وإن شاء طلب من المشتري، وإن شاء طلب عند الدار.

أما الطلب من البائع، والمشتري؛ فلأن كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشتري بالملك، فكان كل واحد منهما خصماً، فصحَّ الطلب من كل واحد منهما، وأما الطلب عند الدار؛ فلأن الحق متعلق بها؛ فإن سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه ـ بطلت شفعته؛ لأنه فرط في الطلب، وإن كان في يد المشتري فإن شاء طلب من المشتري وإن شاء عند الدار، ولا يطلب من البائع؛ لأنه خرج من أن يكون خصماً لزوال يده ولا ملك له، فصار بمنزلة الأجنبي، ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدَّار، وشخص إلى البائع للطلب منه والإِشهاد ـ بطلت شفعته؛ لوجود دليل الإِعراض، وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا؛ ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدَّار ـ فليس على الشفيع أن يأتيهما، ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه؛ لأن الشفيع إذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان ـ تعينت الدار للطَّلب عندها والإِشهاد، فإن لم يطلب عندها وشخص إلى العاقدين، بطلت شفعته؛ لوجود الإِعراض عن الطلب، هذا إذا كان قادراً على الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدَّار، فأما إذا كان هناك حائل؛ بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع[1] ـ لا تبطل شفعته بترك المواثبة إلى أن يزول الحائلُ.

وأما الإِشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته، كما [أنه][2] ليس بشرط لصحة طلب

---

(١) في أ: المواضع.

(٢) سقط في ط.

المواثبة، وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإِنكار كما في الطلب الأول، وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرطٍ لصحة الطلب، والإِشهاد في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف: أنه شرط؛ لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، والعقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد، فلا يصح الطلب والإِشهاد بدونه.

وأما بيان كيفية الطلب: فد اختلفت فيه عبارات المشايخ: عن محمد بن مقاتل الرازي - رحمه الله -: أن الشفيع يقول: طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها، وعن محمد بن سلمة - رضي الله عنه - أنه كان يقول: طلبت الشفعة فحسب، وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله -؛ أنه لا يراعي فيه ألفاظ الطلب، بل لو أتى بلفظ يدلُّ على الطلب أي لفظ كان - يكفي؛ نحو أن يقول: ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب، وهو الصحيح؛ لأن الحاجة إلى الطلب، ومعنى الطلب يتأدّى بكل لفظ يدل عليه، سواء كان بلفظ الطّلب أو بغيره.

وأما حكم الطلب فهو استقرار الحق؛ فالشَّفيع إذا أتى بطلبين صحيحين، استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة أبداً حتى[1] يسقطها بلسانه، وهو قول أبي حنيفة وإِحدى / الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى قال: إِذا ترك المخاصمة إِلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة - بطلت شفعته ولم يؤقت فيه وقتاً، وروي عنه: أنه قدره بما يراه القاضي.

وقال محمد وزفر - رحمهما الله -: إِذا مضى شهر بعد الطلب[2]، ولم يطلب من غير عذر - بطلت شفعته؛ وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وجه قول محمد وزفر: أن حق الشفعة ثبت لدفع الضّرر عن الشفيع، ولا يجوز دفع الضرر عن الإِنسان على وجه يتضمن الإِضرار بغيره، وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً إِضرار بالمشتري؛ لأنه لا يبني ولا يغرس خوفاً من النقض والقلع فيتضرر به، فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرّر به، فقدرنا بالشهر لأنه أدنى الآجال، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر - فقد فرّط في الطلب فتبطل شفعته.

وجه قول أبي حنيفة - عليه الرحمة -: أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين، والأصل أن الحق متى ثبت لإِنسان لا يبطل إِلا بإبطال ولم يوجد؛ لأن تأخير المطالبة منه لا يكون إبطالاً؛ كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون.

---

(١) في أ: ما لم.
(٢) في أ: الطلبين.

وقوله: يتضرر المشتري ممنوع؛ فإنه إذا علم أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة، فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفاً من النقض والقلع، فلئن فعل فهو الذي أضر بنفسه، فلا يضاف ذلك إلى الأخذ بالشفعة؛ ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع، ولا يقال: إن فيه ضرراً بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس لما قلنا؛ كذا هذا[1].

---

(١) الشفعة بمعنى طلبها على الفور، بعد علم الشفيع بالبيع، ولو بإخبار ثقةٍ حرٍ، أو عبدٍ، أو امرأةٍ، لأن خبر الثقة مقبول، وإن تأخر التملك؛ لأنها حق ثبت لرفع الضرر، فكان فوريًّا كالرد بالعيب، ولقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعقالِ» أي: تفوت بترك المبادرة، كما يفوت البعير الشرود عند حلّ العقال، إذا لم يبادر إليه صاحبه.
وقيل: تمتد ثلاثة أيام، فإنها قد تحتاج إلى نظر وتأمل، فتقدر بثلاث كخيار الشرط؛ لأن التأبيد يضر بالمشتري، والمبادرة تضر بالشفيع، لعدم تمكنه من النظر في الأحظ، فينظر بالثلاثة.
وقيل: تمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص. . . .
وقيل: على التأبيد ما لم يصرّح بإسقاطها، أو يعرض به كبعه لمن شئت، فيبادر وجوباً بعد علمه بالبيع، من غير فاصل على العادة بالطلب أو بالرفع إلى الحاكم، ولا يكلّف المبادرة على خلافها بعدو ونحوه، بل يرجع فيه إلى العرف، فما عدّه توانياً وتقصيراً كان مسقطاً، وما لا فلا، وضابط ما هنا ما مرّ في الرد بالعيب.
فإن لم يعلم كان على شفعته وإن مضى سنون، فإن آخر طلب الشفعة بلا عذر بطلت شفعته لتقصيره، فإن كان مريضاً أو محبوساً ولو بحق، وعجز عن الطلب بنفسه، أو غائباً عن بلد المشتري، بحيث تعدّ غيبته حائلاً بينه وبين مباشرة الطلب، أو خائفاً من عدو، أو إفراط برد أو حرّ، وجب عليه التوكيل في الطلب إن قدر عليه؛ لأنه الممكن، وإن عجز عنه وجب عليه أن يشهد على الطلب رجلين أو رجلاً وامرأتين، أو واحداً ليحلف معه، قياساً على الرد بالعيب.
فإن عجز عن الإشهاد لم يجب التلفظ بالتملك، كما في الردّ بالعيب، فلو قال: «أشهدت فلاناً وفلاناً فأنكرا لم يسقط حقُّه، فإن ترك ما قدر عليه من التوكيل والإشهاد، بطل حقُّه لتقصيره المشعر بالرضا، فإن حضر الشفيع، وغاب المشتري غيبة تحول بين الشفيع وبين مباشرة الطلب، جاز للشفيع أن يرفع أمره إلى القاضي، ويأخذ بالشفعة، وله ذلك مع حضوره، كنظيره في الردّ بالعيب.
فإن فقد القاضي من بلده خرج لطلبها هو أو وكيله عند بلوغه الخبر، إلا إن كان الطريق مخوفاً، ولم يجد رفقة تعتمد، أو كان الوقت وقت حرّ أو برد مفرطين، فلا يلزمه الخروج، ويجب عليه الإشهاد، ويجوز للقادر التوكيل كما في الردّ بالعيب؛ لأن وكيل الإنسان قائم مقامه.
وقال بعضهم: لا يجوز التوكيل للقادر؛ لأن الشفعة على الفور، والتوكيل مع القدرة يعدُّ تقصيراً.
ولو سار عقب العلم بنفسه، أو وكلّ، لم يتعين عليه الإشهاد على الطلب حينئذٍ، بخلاف الردّ بالعيب.
والفرق أن تسلط الشفيع على الأخذ بالشفعة، أقوى من تسلط المشتري على الردّ بالعيب، بدليل أن الشفيع له نقض تصرف المشتري في الشقص وأخذه، بخلاف الردّ بالعيب، ولأن الإشهاد في الردّ بالعيب على المقصود وهو الفسخ، وهنا على الطلب، وهو وسيلة يغتفر فيها ما لا يغتفر في المقصود.
فإذا علم بالبيع وكان في صلاة، أو حمّام، أو طعام، أو قضاء حاجة فله الإتمام على العادة، ولا يكلّف الاقتصار على أقل مجزىء، ولو دخل وقت هذه الأمور قبل شروعه فيها فله الشروع، ولو نوى نفلاً مطلقاً =

....

= فله الزيادة على ركعتين مطلقاً، نوى قدراً أم لا، ما لم يزد على العادة في ذلك، فلو لم يكن عادة اقتصر على ركعتين، فإن زاد عليهما بطل حقُّه، وله التأخير ليلاً حتى يصبح، ما لم يتمكن من الذهاب إليه ليلاً من غير ضرر، كأن جمعتهما محلة، أو مسجد بعد الغروب، أو في صلاة العشاء، أو كان البائع، أو الحاكم، أو الشهود جيرانه، وسهل عليه الاجتماع بأحدهم كما في النهار.

ولو أخَّر ثم اعتذر بمرض، أو حبس، أو غيبة، وأنكر المشتري، فإن علم به العارض الذي يدّعيه صدق الشفيع، وإلا فالمشتري، ولو لقي الشفيع المشتري في غير بلد الشقص، فأخّر الأخذ إلى حضوره إليه، بطلت شفعته؛ لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص، ما لم يلزم على ذلك الرفع إلى حاكم يأخذ منه دراهم وإن قلت، أو مشقة لا تحتمل عادة في مثل ذلك.

وقد لا يجب الفور في الطلب كالبيع بمؤجل، أو البيع وأحد الشريكين غائب، وكأن أخبر بنحو زيادة فترك، ثم بان خلافه، وكالتأخير لانتظار إدراك زرع وحصاده، وإذا كان في الشقص شجر عليه ثمرة لا تستحق بالشفعة، ففي جواز التأخير إلى جذاذ الثمرة وجهان:

الأرجح منهما المنع، والفرق مكان الانتفاع مع بقاء الثمرة، وكالتأخير ليعلم قدر الثمن، أو ليخلص نصيبه المغصوب ومحله، إذا لم يقدر على نزعه إلا بمشقة، أو لجهله بأن له الشفعة، أو بأنها على الفور، وهو ممن يخفى عليه ذلك، أو لخلاص الشقص المبيع، إذا كان مغصوباً، وكتأخير الولي أو عفوه والمصلحة في الأخذ، فللولي الأخذ بعد تأخيره، وللمولى الأخذ إذا كمل قبل أخذ الولي، ولا يمنع تأخير الولي، وإن لم يعذر في التأخير؛ لأن الحقَّ لغيره، فلا يسقط بتأخيره وتقصيره.

أما إذا كانت المصلحة في الترك، امتنع على المولى الأخذ بعد كماله، ومثل الشفعة للمولى الشفعة المتعلقة بالمسجد وبيت المال؛ فلو ترك متولي المسجد أو بيت المال الأخذ، أو عفا عنه، لم يكن مسقطاً لثبوت الشفعة، فله الأخذ بعد ذلك، وإن سبق العفو منه، إذ لا حقَّ له فيه، ولو لم يأخذه، ثم عزله وتولى غيره، كان لغيره الأخذ ولو كانت المصلحة في الترك فعفا، امتنع عليه وعلى غيره الأخذ بعد ذلك، لإسقاطها بانتفاء المصلحة وقت البيع.

ولو لقي الشفيع المشتري، فسلم عليه أولاً، وكان ممن يشرع عليه السلام، لم يكن مقصراً، فلا تبطل الشفعة؛ لأن السلام قبل الكلام سنة. وإن كان ممن لا يندب عليه السلام، كفاسق، بطل حقُّه إن علم بما له، ولو وجد المشتري بحالة لا يطلب معها السلام عليه، كأن كان يقضي حاجته، أو يجامع زوجته، فله تأخير الطلب إلى فراغه، ولو سلم عليه بطل حقُّه؛ لأن السلام لا يندب عليه حينئذٍ، وكذا لو سأله ابتداء عن الثمن، كأن قال له: بكم اشتريت؟ لأنه إن جهله فلا بد من البحث عنه، وإن علمه فقد يريد تحصيل إقرار المشتري، لئلا ينازعه فيه، أو قال له: بارك الله لك في صفقتك؛ لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ صفقته مباركة، وكذا لو جمع بين السلام والدعاء.

وفي الدعاء له وجه أنه يبطل به حقّ الشفعة، لإشعاره بتقرير الشقص في يده، ومحل هذا الوجه إن كان فيه خطاب، وإلا كبارك الله فيه، لم يضر قطعاً.

ولو قال له: هناك الله بهذه الصفقة سقط حقُّه، ويوجه بأنه يشعر بالرضا ببقاء المبيع.

ولو قال له: اشتريت رخيصاً ونحوه، كقوله: بعه، أو هبه مني، أو من فلان بطلت شفعته؛ لأن في الأولى فضول لا غرض فيه، وفيما عداها رضي بتقرير الشقص في يد المشتري. ولو طلب الشفعة وأعوزه =

....

= الثمن لم تبطل شفعته على الأصح، لكن للحاكم إبطالها عند الإعواز، وإن توكل في شرائه لم تبطل، وكذا إن توكل في البيع كما تقدم. وعفو الشفيع عن الشفعة قبل البيع، كأن قال لشريكه: بع نصيبك، وقد عفوت عن الشفعة، أو لغيره اشتر فلا أطلبك بالشفعة، لا يسقط الشفعة إذا لم يصدر منه ما يقتضي سقوطها، ولأن العفو قبل ثبوت الحق لغو، وكذا شرط الخيار للشفيع، وضمانه العهدة للمشتري، بأن يقول المشتري للبائع: بعنا هذا بكذا، بشرط أن يضمن لي فلان العهدة، وهو حاضر، فيقول: بعتك، ويقول الشفيع: ضمنتها وأخذت المبيع بالشفعة؛ لأن تمام العقد بحصول الإيجاب والقبول والضمان؛ لأنه شرط فيه. ولو اتفق الشفيع والمشتري على الطلب، لكن قال المشتري: إنه لم يبادر فسقط حقه، وقال الشفيع: بل بادرت، فينبغي تصديق الشفيع؛ لأن الظاهر صحة الأخذ، فلو أقاما بينتين فالوجه تقديم بينة الشفيع؛ لأنها مثبتة، ومعها زيادة علم بالفور.

«مذهب مالك» قال مالك: «وقت وجوبها متسع»، وروي عنه في ذلك روايتان: إحداهما: أنه لا حدّ لذلك الوقت.

والثانية: أن له حداً.

وجه الرواية الأولى: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ» فإنه عام في الأوقات والأحوال، ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بالمال، وكان المشتري عالماً به، وقادراً على إزالته عن نفسه، بتوقيفه الشفيع أمام القاضي، فإذا لم ينقطع حق المشتري، وهو التوقيف، بمضي المدة، لم ينقطع حقُّ الشفيع أيضاً بمضيها.

ووجه الرواية الثانية: أن في ترك الشفيع على شفعته إضرار بالمشتري، ومنعاً له من التصرف في ملكه بالعمارة والزراعة، فكان له حدّ ينتهي إليه. والقول بالتحديد هو الأصح.

ثم اختلف في حدّها فقيل: سنتان، وقيل: سنة، وهو قول الأكثر، وما قارب السنة داخل في حكمها، وهو مذهب المدونة، وهو المعول عليه.

أما مذهب الحنفية: فهو أن طلبات الشفعة ثلاث:

الأول: طلب مواثبة.

الثاني: طلب إشهاد وتعزيز.

الثالث: طلب أخذ وتملك...

وشرط طلب المواثبة أن يطلب في مجلس علمه بالبيع، بسماعه من رجلين، أو رجل وامرأتين، أو واحد عدل، وإن امتد المجلس، فلو قال بعد ما بلغه البيع: «الحمد لله، ولا حول ولا قوة إلا بالله» لا تبطل شفعته؛ لأن الأول حمدٌ لله على الخلاص من جوار البائع، والأمن من ضرر الدخيل، والثاني تعجب منه بقصد إضراره. وسمي طلب مواثبة لأنه يدل على غاية التعجيل، كأن الشفيع يثب ويطلب الشفعة.

وطلب الإشهاد هو أن يذهب إلى الدار المبيعة مثلاً؛ لأن الحقّ متعلق بها، أو البائع إذا كان المبيع في يده، أو المشتري مطلقاً، وإن لم يكن ذايد؛ لأنه مالك، ومعه رجلان، أو رجل وامرأتان، ويقول: اشترى فلان هذه الدار، وأنا شفيعها، وكنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فأشهدوا عليه. وهذا الطلب واجب، حتى إذا تمكن من الإشهاد ولم يشهد بطلت شفعته، وإذا أشهد في طلب المواثبة عند أحد هذه الأمور، كفى عن الإشهاد في الثاني؛ لقيامه مقام الطلبين....

وطلب التملك، ويسمى طلب الخصومة، هو الذي يخاصم به الشفيع المشتري، طالباً تسليم العقار =

فصل [فيما يبطل به حق الشفعة]

وأما بيان ما يبطل به حقّ الشفعة بعد ثبوته، فنقول وبالله التوفيق: ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الأصل نوعان: اختياري وضروري[1]، والاختياري نوعان: صريحٌ، وما يجري

= المشفوع إليه، وبتأخيره عن الثاني شهراً أو أكثر لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة.
وقال محمد: إذا تركه شهراً بلا عذر بعد الإشهاد بطلت؛ لأنها لو لم تسقط به تضرر المشتري، إذ لا يمكنه التصرف، خوفاً من نقضه من جهة الشفيع.
ولو أخر الطلب ثم قال: «لم أصدق المخبر»، وقد أخبره رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان بصفة العدالة، أو واحد مقبول الرواية ولو عبداً، أو امرأة، أو جمع كثير لا يمكن تواطؤهم على الكذب عادة ولو كفَّاراً، بطلت شفعته؛ لأن شهادة الشاهدين مقبولة، وخبر مقبول الرواية مقبول في الأخبار، وخبر الجمع المذكور مفيد للعلم، فكان من حقّه أن يعتمدهم.
وقيل يعذر في عدم قبول خبر الواحد؛ لأن البيع لا يثبت بواحد ولو عدلاً، إلا منضماً إلى اليمين، فلو قال في الأولين: جهلت ثبوت العدالة، وكان مثله، يجوز أن يخفي عليه لم يبعد قبول قوله؛ لأن رواية المجهول لا تسمع، قاله ابن الرفعة.
ولو قال: «أخبرني رجلان، وليسا عدلين عندي»، وهما عدلان، لم تبطل شفعته؛ لأن قوله محتمل ولو كانا عدلين عنده دون الحاكم، بأن علم أنهما غير عدلين عنده، ولم يقع في قبله صدقهما، عذر في عدم تعويله على إخبارهما. قاله السبكي؛ لأنه ربما احتاج إلى إثبات الشراء عند الحاكم، وذلك لا يحصل بغير العدلين عنده، وافترض بأنه بعد كونهما عدلين عنده كيف لا يقع في قلبه صدقهما؟
والجواب: أن مجرد العدالة لا يمنع من جواز الإخبار بخلاف الواقع، فذلك مجرد كذب، والكذبة الواحدة لا توجب فسقاً. قاله الرملي، فلا تنافي العدالة.
وخرج بمقبول الرواية غيره، كصبي ومجنون وفاسق، إلا أن يصدقه، فتسقط شفعته؛ لأن ما يتعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر الفاسق وغيره، إذا وقع في النفس صدقه، هذا كله في الظاهر، أما في الباطن فالعبرة بما يقع في نفسه، من صدق وضده، ولو من فاسق وغيره، قاله الماوردي.
ولو تردد في ظاهر العدالة فترك، لم يسقط حقُّه، ولو أخبر مستوران ولم يصدقهما عذر، ولو كذب عليه المخبر في جنس الثمن، كأن قال له: «إنه دراهم» فبان دنانير، أو في نوعه، كأن قال له: «إنه مصري» فبان إنكليزياً، أو في قدره كأن قال له: «إنه ألف» فبان خمسمائة، أو في حلوله كأن قال: «إنه حال» فبان مؤجلاً، أو في قدر المبيع كأن قال: «باع كلَّ حصَّته» فبان أنه باع بعضها، أو عكسه، أو في أن المشتري زيد فبان عمرا، أو قال المشتري: «اشتريته لنفسي فبان وكيلاً»، أو في أن المشتري اثنان فبان واحداً، أو عكسه بأن قال: إن المشتري واحد فبان اثنين، أو في قدر الأجل كأن قال: باع بمؤجل إلى شهر فبان إلى شهرين، فعفا أو توانى قبل بيان ما ذكر؛ لم تبطل شفعته؛ لأنه تركه لغرض بأن خلافه، ولم يتركه رغبة عنه.
ولو أخبره أنه بألف، فترك فبان بأكثر بطل حقُّه؛ لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى، وكذا لو أخبره بمؤجل فعفا عنه فبان حالاً؛ لأن عفوه يدل على عدم رغبته، لما مر أن له التأخير إلى الحلول. والحاصل أنه إذا أخبره بما هو الأنفع له فترك الأخذ بطل حقُّه، وإلا فلا. ينظر: الشفعة لشيخنا أبو العنين محمد.

(١) في أ: اضطراري.

مجرى الصريح ودلالة، أما الأول فنحو أن يقول الشفيع: أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك؛ لأن الشفعة خالص حقه، فيملك التصرف فيها استيفاءً وإسقاطاً؛ كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك، سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد إن كان بعد البيع؛ لأن هذا إسقاط الحق صريحاً، وصريح الإسقاط يستوي فيه العلم والجهل؛ كالطلاق والإبراء عن الحقوق، بخلاف الإسقاط من طريق الدّلالة؛ فإنه لا يسقط حقه ثمة إلا [بعد العلم بالبيع][(١)]، والفرق يذكر بعد هذا، ولا يصحُّ تسليم الشفعة قبل البيع؛ لأنه إسقاط الحق، وإسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال.

ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان، فسلم فظهر بخلافه هل يصح تسليمه؟ فالأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إن كان لا يختلف غرض الشفيع في التّسليم - صح التّسليم وبطلت شفعته؛ وإن كان يختلف غرضه، لم يصح وهو على شفعته؛ لأن غرضه في التّسليم إذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلاً لغرضه فصح؛ وإذا اختلف غرضه في التسليم، لم يقع التسليم محصلاً لغرضه، فلم يصح التسليم.

وبيان هذا في مسائل: إذا أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم، ثم تبين أنها بيعت بألفين - فلا شفعة له؛ لأن تسليمه كان لاستكثاره الثمن، فإذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرهما أولى، فحصل غرضه بالتّسليم فبطلت شفعته.

ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم، ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة - فله الشفعة؛ لأن التسليم عند كثرة الثمن لا يدلّ على التسليم عند قلته، فلم يحصل غرضه بالتسليم، فبقي على شفعته؛ ولو أخبر أنها بيعت بألف درهم، ثم تبين أنها بيعت بمائة دينار فإن كانت قيمتها ألفاً أو أكثر - فلا شفعة له؛ وإن كانت أقل، فهو على شفعته عند أصحابنا الثلاثة - رضي الله عنهم -، وقال زفر - رحمه الله -: له الشفعة في الوجهين جميعاً. وجه قول زفر: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة؛ واعتبار الحقائق هو الأصل، والغرض يختلف باختلاف الجنس، لأنه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر، فلم يقع التسليم محصلاً لغرضه، فيبقى على شفعته / ؛ كما لو أخبر أنها بيعت بحنطة فسلم، ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة. ٣/ ١٧٧ أ

ولنا: أن الدراهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد؛ لأنها أثمان الأشياء، وقيمتها تقوم الأشياء بها تقويماً واحداً، أعني أنها تقوم بهذا مرة وبذاك أخرى، وإنما يختلفان في القدر لا غير، فوجب اعتبار قدر قيمتهما في الكثرة والقلة؛ كما إذا أخبر أنها بيعت بألف درهم أو

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في ط: العلم.

بمائة دينار، فسلم ثم تبين أنها بيعت بأكثر أو بأقل على ما بيَّنا، كذا هذا؛ بخلاف ما إذا أخبر أنها بيعت بحنطة، فسلم ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة أو أقل أو أكثر؛ لأن هناك اختلف؛ إذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الاطلاق، واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض، فلم يصحُّ التسليم.

ولو أخبر أنها بيعت بألف درهم، ثم تبين أنها بيعت بمكيل أو بموزون سوى الدراهم والدنانير أو عددي متقارب ـ فالشفعة قائمة؛ لأن الثمن الذي وقع به البيع إذا كان من ذواتِ الأَمثال ـ فالشفيع يأخذ بمثله؛ وأنه جنس آخر غير الجنس الذي أخبر به الشَّفيع، فاختلف الغرض.

ولو أخبر أنها بيعت بألف، فسلم، ثم تبين أنها بيعت بعرض وما ليس من ذوات الأمثال؛ فإن كانت قيمته مثل الألف أو أكثر، صح تسليمه؛ وإن كانت أقل، لم يصح تسليمه وله الشفعة؛ لأن الشفيع ههنا يأخذ الدار بقيمة العرض؛ لأنه لا مثل له وقيمته دراهم أو دنانير، فكان الاختلاف راجعاً إلى القدر، فأشبه الألف والألفين والألف وخمسمائة على ما مر.

ولو أخبر بشراء نصف الدَّار، فسلم ثم تبين أنه اشترى الجميع ـ فله الشفعة، ولو أخبر بشراء الجميع، فسلم ثم تبين أنه اشترى النصف ـ فالتسليم جائز ولا شفعة له، هذا هو الرواية المشهورة في الفصْلين، وقد روي الجواب فيهما على القلب؛ وهو أن التسليم في النصف يكون تسليماً في الكل، والتسليم في الكلّ لا يكون تسليماً في النصف.

وجه هذه الرواية: أن تسليم النصف لعجزه عن الثمن، ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز، فأما العجز عن الكثير لا يدلّ على العجز عن القليل.

وجه الرواية المشهورة: أن التسليم في النصف للاحتراز عن الضَّرر، وهو ضرر الشركة، وهذا لا يوجد في الكل، فاختلف الغرض فلم يصح التسليم، فبقي على شفعته؛ وإذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة؛ لأنه داخل في الكل، فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف؛ لأن الشركة عيب، فكان التسليم بدون العيب تسليماً مع العيب من طريق الأولى.

ولو أخبر أن المشتري زيد، فسلم ثم تبين أنه عمرو ـ فهو على شفعته؛ لأن التسليم للأمن عن الضرر، والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن عن ضرر عمرو؛ لتفاوت الناس في الجوار.

ولو أخبر أن المشتري زيد، فسلم ثم تبين أنه زيد وعمرو ـ كان له أن يأخذ نصيب عمرو؛ لأنه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو، فبقي له الشُّفعة في نصيبه؛ ولو أخبر أن الدار بيعت بألف درهم، فسلم ثم إن البائع حط عن المشتري خمسمائة، وقبل المشتري الحط ـ كان

له الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، فتبين أن البيع كان بخمسمائة، فصار كما إذا أخبر أنها بيعت بألف، فسلم ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة؛ ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة؛ لأن الحط لم يصحَّ إذا لم يقبل، فلم يتبين أنها بيعت بأنقص من ألف، فلم تجب الشُّفعة.

ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتَرِي هل تبطل شفعته؟ فهذا لا يخلو إما إن كان البيع باتًّا، وإما إن كان فيه شرط الخيار؛ فإن كان باتًّا لا يخلو إما إن باع كل الدار، وإما إن باع جزءاً منها؛ فإن باع كلها بطلت شفعته؛ لأن سبب الحق هو جوار الملك. وقد زال، سواء علم بالشراء أو لم يعلم؛ لأن هذا في معنى صريح الإسقاط؛ لأن إبطال سبب الحق إبطال الحق، فيستوي فيه العلم والجهل، فإن رجعت الدار إلى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية أو بخيار شرط / للمشتري - فليس له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحق قد بطل، فلا يعود إلا بسبب جديد. ٣/١٧٧ ب

وكذلك لو باعها الشفيع بيعاً فاسداً وقبضها المشتري - بطلت شفعته؛ لزوال سبب الحق وهو جوار الملك؛ فإن نقض البيع فلا شفعة له؛ لما ذكرنا أن الحق بعدما بطل لا يعود إلا بسبب جديد، وإن باع جزءاً من داره فإن باع جزءاً شائعاً منها - فله الشفعة بما بقي؛ لأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء، فأولى أن يصلح للبقاء؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

وإن باع جزءاً معيناً بيتاً أو حجرة، فإن كان ذلك لا يلي الدار التي فيها الشفعة؛ فكذلك لأن السبب وهو جوار الملك قائم، وإن كان مما يلي تلك الدار، فإن استغرق حدود الدار التي فيها الشُّفعة - بطلت الشفعة؛ لأن الجوار قد زال، وإن بقي من حدها شيء ملاصق لما بقي من الدّار - فهو على شفعته؛ لما ذكرنا أن هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداءً، فلأن يصلح لبقاء المستحق أولى، وإن كان فيه خيار الشرط؛ فإن كان الخيار للبائع وهو الشَّفيع، فهو على شفعته ما لم يوجب البيع؛ لأن السبب وهو جوار الملك قائم؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه؛ فإن طلب الشفعة في مدة الخيار، كان ذلك منه نقضاً للبيع؛ لأن طلب الشفعة دليل استبقاء الملك في المبيع، وذلك إسقاط للخيار ونقض للبيع، وإن كان الخيار للمشتري - بطلت شفعته؛ لأن الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف؛ فزال سبب الحق وهو جوار الملك.

وإن كان الشفيع شريكاً وجاراً، فباع نصيبه الذي يشفع به - كان له أن يطلب الشفعة بالجوار- لأنه إن بطل أحد السببين[١] وهو الشركة فقد بقي الآخر وهو الجوار؛ ولهذا استحق به ابتداء، فلأن يبقى به الاستحقاق أولى.

---

(١) في أ: الشيئين.

ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال ـ لم يجز الصلح ولم يثبت العوض، وبطل حق الشفعة، أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل؛ لأن الثابت للشفيع حق التملك، وأنه عبارة عن ولاية التملك، وأنها معنى قائم بالشفيع، فلم يصح الاعتياض عنه ـ فبطل الصلح ولم يجب العوض.

وأما بطلان حق الشَّفيع في الشفعة؛ فلأنه أسقطه بالصلح، فالصلح وإِن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيحٌ؛ لأَن صحته لا تقف على العوض، بل هو شيء من الأَموال لا يصلح عوضاً عنه، فالتحق ذكر العوض بالعدم، فصار كأنه سلم بلا عوض.

وعلى هذا إِذا قال الزوج للمخيرة: اختاريني بألف درهم، فقالت: اخترتك ـ لم يجب العوض وبطل خيارها، وكذلك العنين إِذا قال لامرأته بعد ما أخبرت بسبب العنة: اختاري ترك الفسخ بالعنة بألفٍ، فقالت: اخترت ـ بطل خيارها ولم يجب العوض؛ وفي الكفارة بالنفس إِذا أسقطها بعوض روايتان: في رواية: لا يجب العوض، وتبطل الكفالة كما في الشفعة، وفي رواية: لا تبطل الكفالة.

وجه الرواية الأولى: أنه أسقط الكفالة بعوض، فالاعتياض إِن لم يصح فالإِسقاط صحيح، لأن صحته لا تقف على العوض.

وجه الرواية الأخرى: أنه ما رضي بالسُّقوط إلا بعوض، ولم يثبت العوض فلا يسقُط، وأما بطلان الشُّفعة من طريق الدّلالة؛ فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعَقْد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له؛ لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا، فيبطل بدلالة الرضا أيضاً؛ وذلك نحو ما إذا علم بالشراء، فترك الطلب على الفور من غير عذرٍ، أو قام عن المجلس، أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين؛ لأن تركَ الطلب مع القدرة عليه دليل الرِّضا بالعقد وحكمه للدخيل.

وكذا إذا ساوم الشَّفيع الدار من المشتري، أو سأله أن يوليه إياها، أو استأجرها الشفيع من المشتَري، أو أخذها مزارعة أو معاملة ـ وذلك كله بعد علمه بالشراء، لأن ذلك كله دليل الرِّضا، أما المساومة فلأنها طلب تمليك بعقدٍ جديد، وأنه دليل الرضا بملك المتملك.

وكذلك التولية: لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وأنها دليل الرضا بملك المتملك.

وأما الاستئجار، والأخذ معاملة أو مزارعة؛ فلأنها تقرير لملك المشتري، فكانت دليل الرضا بملكه، فرق بين هذا وبين الفصل الأول؛ حيث شرط ههنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة، وهناك لم يشترط؛ وإِنما كان كذلك لأن السقوط في الفَصْل الأول بصريح

الإسقاط، والإسقاط تصرف في نفس الحق، فيستدعي ثبوت الحق لا غير؛ كالطلاق والعتاق والإبراء عن الديون، والسقوط ههنا بطريق الدلالة، وهي دلالة الرضا لا بالتصرف في محل الحق بل في محل آخر، والتصرف في محل آخر لا يصلُح دليل الرّضا إلا بعد العلم بالبيع؛ إذ الرضا بالشيء بدون العلم به محال، والله عز وجل أعلم.

ولو سلم الشفعة في النصف بطلت [شفعته][1] في الكل؛ لأنه لما سلم في النصف بطل حقه في النصف المسلم فيه بصريح الإسقاط، وبطل حقه في النصف الباقي؛ لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري، فبطلت شفعته في الكلّ؛ ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليماً منه للشفعة في الكل؟ اختلف فيه أبو يوسف ومحمد؛ قال أبو يوسف: لا يكون تسليماً، وقال محمد: يكون تسليماً في الكل إلا أن يكون سبق منه طلب الكلّ بالشفعة، فلم يسلم له المشتري، فقال له حينئذٍ: أعطني نصفها على أن أسلم لك النِّصف الباقي - فإن هذا لا يكون تسليماً.

وجه قول محمد: أنه لما طلب النصف بالشّفعة؛ فقد أبطل حقه في النصف الآخر؛ لأنه ترك الطلب فيه مع القُدْرة عليه، وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه، فيبطل حقه في النصف المطلوب ضرورة تعذُّر تفريق الصفقة على المشتري، بخلاف ما إذا كان سبق منه الطلب في الكلّ، لأنه لما طلب في الكل فقد تقرر حقه في الكل، ولم يكن قوله بعد ذلك: أعطني النصف على أن أسلم لك النصف الباقي - تسليماً، بخلاف ما إذا قال ابتداء؛ لأن الحق لم يتقرر بعد.

وجه قول أبي يوسف: أن الحق ثبت له في كل الدّار، والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط ولم يوجد، فبقي كما كان إن شاء أخذ الكل بالشّفعة وإن شاء ترك، وجواب محمد - رحمه الله - عن هذا: أنه وجد منه الإسقاط في النِّصف الذي لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بيّنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الضروري، فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة، فتبطل شفعته وهذا عندنا، وعند الشافعي - رحمه الله -: لا تبطل ولوارثه حق الأخذ ولقب المسألة: أن خيار الشفعة هل يورث؟ عندنا: لا يورث، وعنده: يورث، والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشَّرط، وسيأتي ذكره في كتاب البيوع، ولا يبطل بموت المشتري، وللشفيع أن يأخذ من وارثه؛ لأن الشفعة حق على المشتري؛ ألا ترى أنه مجبور عليه في التملّك، فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) سقط من ط.

فصل في بيان ما يملك به المشفوع

وأما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق: المشفوع فيه يملك بالتملك، وهو تفسير الأخذ بالشفعة، فلا ملك للشفيع قبل الأخذ، بل له حق الأخذ والتملك قبل الأخذ للمشتري؛ لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء، فله أن يبني ويغرس ويهدم ويقلع ويؤاجر ويطيب له الأجر ويأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك؛ وكذا له أن يبيع ويهب ويوصي، وإذا فعل ينفذ، إلا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق على تصرف المشتري فيمتنع اللزوم؛ ولو جعل المشتري الدار مسجداً أو مقبرة، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وينقض ما صنع المشتري؛ كذا ذكر في الأصل، وقال الحسن بن زياد: بطلت شفعته.

وجه قوله: أن المشتري تصرّف في ملك نفسه فينفذ كما لو باع، إلا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقض بعد وجُوده، فنفذ ولم يلزم، وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض كالإعتاق فكان نفاذها لزومها.

ولنا: أن تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجداً؛ لأن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى، وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله عز وجل، فيمنع صيرورته مسجداً، وله أن / يأخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السب؛ وهو جوار الملك أو الشركة في ملك المبيع. ٢/١٧٨ ب

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى داراً ولها شفيع، فبيعت دار إلى جنب هذه الدار، فطالب المشتري بالشفعة وقضى له بها، ثم حضر الشفيع ـ يقضي له بالدار التي بجواره، ويمضي القضاء في الثانية للمشتري، أما للشفيع فظاهر، وأما للمشتري؛ فلأن الجوار كان ثابتاً له وقت البيع والقضاء بالشفعة، إلا أنه بطل بعد ذلك بأخذ الشفيع للدار بالشّفعة، وهذا لا يوجب بطلان القضاء [بالشفعة له][1] لأنه تبين أن جوار الملك لم يكن ثابتاً؛ كمن اشترى داراً ولها شفيع، فقضى له بالشفعة ثم باع داره التي بها يشفع ـ أنه لا يبطل القضاء بالشفعة؛ لما قلنا كذا هذا.

ولو كان الشفيع جاراً للدارين والمسألة بحالها ـ فيقضي له بكل الدار الأولى وبالنصف من الثانية؛ لأنه جار خاص للدار الأولى، فيختص بشفعتها، وهو مع المشتري جاران للدار الثانية فيشتركان في شفعتها، وشراء المشتري لا يبطل حقه في الشفعة؛ ولأنه لا ينافيه بل يقرره، على ما بيّنّا فيما تقدم.

---

(١) سقط من ط.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ فيمن اشترى نصف دار، ثم اشترى رجل آخر نصفها الآخر، فخاصمه المشتري الأول، فيقضي له بالشفعة بالشركة، ثم خاصمه الجار في الشفعتين جميعاً ـ أن الجار أحق بشفعة النِّصف الأول، ولا حق له في النصف الثاني، لأنه جار للنصف الأول، فيأخذه بالجوار، والمشتري شريك عند بيع النصف الثاني؛ لثبوت الملك في النصف الأول بسبب الشراء، وثبوت الحق للشفيع في النصف الأول لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فيه، فكان شريكاً عند بيع النصف الثاني، والشريك مقدم على الجار.

وكذلك لو اشترى نصفها، ثم اشترى نصفها الآخر رجل آخر فلم يخاصمه فيه، حتى أخذ الجار النصف الأول ـ فالجار أحق بالنصف الثاني؛ لأن الملك وإن ثبت للمشتري الأول في النصف الأول، لكنه قد بطل بأخذ الجار بالشفعة، فبطل حقه في الشفعة.

ولو ورث رجل داراً فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة، ثم بيعت دار إلى جنب الثانية فأخذها بالشُّفعة، ثم استحقت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة ـ فإن المستحق يأخذ الدار الثانية والوارث أحق بالثالثة؛ لأن بالاستحقاق تبين أن الدار التي يشفع بها الوارث كانت ملك المستحق، فتبين أنه أخذ الثانية بغير حق؛ إذ تبين أنه لم يكن جاراً فكانت الشفعة في الثانية للمستحق، والوارث يكون أحق بالثالثة؛ لأن الملك كان ثابتاً للوارث عند بيع الثالثة، فكان السبب وهو جوار الملك ثابتاً له عنده، ثم بطل الاستحقاق، وبطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة، وليس للشفيع أن ينقض قسمة المشتري، حتى لو اشترى نصف دار من رجل مشاعاً، وقاسم المشتري البائع ثم حضر الشفيع ـ فالقسمة ماضية ليس للشفيع أن ينقضها ليأخذ نصفها مشاعاً، سواء كانت قسمته بقضاء أو بغير قضاء، لأن القسمة من تمام القبض؛ ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة؛ لأن القبض شرط صحة الهبة، والقبض على التمام لا يتحقق مع الشياع.

وإذا كانت القسمة من تمام القبض، فالشفيع لا يملك نقض القبض، بأن اشترى داراً وقبضها، ثم حضر الشفيع وأراد أن ينقض قبضه ليأخذها من البائع ـ لم يملك ذلك، وإذا لم يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض، وهو القسمة، بخلاف ما إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من رجلٍ، فقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع، ثم حضر الشفيع ـ له أن ينقض القسمة؛ لأن القسمة هناك ليست من جملة القبض؛ لأنها من حكم البيع الأول، إذ البيع الأول كما أوجب الملك أوجب القسمة في المشاع، والبيع الأول لم يقع مع هذا المشتري الذي قاسم، فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد، بل بحكم الملك، والتصرف بحكم الملك يملك الشَّفيع نقضه؛ كالبيع / والهبة. ٣/ ١٧٩ أ

وللشفيع أن يأخذ النِّصف الذي أصاب المشتري بالشُّفعة، سواء وقع نصيب المشتري من

جانب الشفيع أو من جانب آخر؛ لأن الشفعة وجبت له في النصف المشتري، والنصف الذي أصاب المشتري هو المشتري؛ لأن القسمة إفراز.

ولو وقع نصيب البائع من جانب الشفيع، فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى، ثم طلب الشفيع؛ فإن قضى القاضي بالشفعة الأخيرة، جعل نصف البائع بين الشَّفيع وبين المشتري، وقضى بالشفعة الأولى وهي نصف المشتري للشفيع؛ لأن الشفيع مع المشتري جاران لنصف البائع، والشفيع جار خاص لنصف المشتري.

ولو بدأ فقضى للشَّفيع بالشفعة الأولى - قضى له بالأخيرة أيضاً؛ لأَنه لما قضى له بالشفعة الأولى، بطل حق جوار المشتري، فلم يبق له حق الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يرد المشفوع فيه بخيار الرؤية والعيب، وللمشتري حق الحبس لاستيفاء الثمن؛ لأن الملك فيه لما كان يثبت بالتملّك ببدل، كان الأخذ بالشفعة شراء، فيراعى فيه أحكام البيع والشراء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل [في طريق التملك بالشفعة]

وأما بيان طريق التملُّك بالشفعة، وبيان كيفيته: فالتملُّك بالشُّفعة يكون بأحد طريقين: إما بتسليم المشتري، وإما بقضاء القاضي؛ أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر، لأَن الأَخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء، والشراء تملّك.

وأما بقضاء القاضي، فالكلام فيه في ثلاثة مواضع: في بيان كيفية التملُّك بالقضاء بالشفعة، وفي بيان شرط جواز القضاء بالشفعة، وفي بيان وقت القضاء بالشُّفعة.

أما الأول: فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري؛ فإن كان في يد البائع؛ ذكر الكرخي - رحمه الله -: أن القاضي إذا قضى بالشفعة، ينتقض البيع الذي كان بين البائع وبين المشتري في المشهور من قولهم، وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا ينقض.

واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: البيع لا ينتقض، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع.

وقال بعضهم: ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، وينعقد للشفيع بيع آخر؛ كأنه كان من البائع إيجابان أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع؛ فإذا قضى القاضي بالشُّفعة، فقد قبل الشفيع الإِيجاب الذي أضيف إليه، وانتقض ما أضيف إلى المشتري، سواء قبل المشتري الإِيجاب المضاف إليه أو لم يقبل.

وجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض: أن البيع لو انتقض لتعذر الأَخذ بالشفعة؛ لأَنه من شرائط وجوب الشفعة، فإذا انتقض لم يجب، فتعذَّر الأَخذ.

وجه قول من قال أنه ينتقض: نص محمد، والمعقول، والأحكام؛ أما الأول: فقد ذكر محمد ـ رحمه الله ـ وقال: انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري، وهذا نص في الباب.

وأما المعقول فمن وجهين:

أحدهما أن القاضي إذا قضى بالشُّفعة قبل القبض، فقد عجز المشتري عن قبض المبيع، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع؛ لخلوه عن الفائدة؛ كما إذا هلك المبيع قبل القبض.

والثاني: أن الملك قبل الأخذ بالشفعة للمشتري؛ لوجود آثار الملك في حقه على ما بينا فيما تقدَّم؛ ولو [تحول الملك][١] إلى الشفيع، لم يثبت الملك للمشتري.

وأما الأحكام: فإن للشفيع أن يرد الدَّار على من أخذها منه بخيار الرؤية، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري؛ ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع، لعاد شراء المشتري، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشَّفيع، ولما رد فقد زالت الضرورة، فينبغي أن يعود الشراء؛ ولأنها لو تحولت إليه لصار المشتري وكيلاً للشفيع؛ لأن عقده يقع له؛ ولو كان كذلك، لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري رآها قبل ذلك ورضي بها؛ لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوَكِيل ورضاه.

وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ـ يأخذ بثمن حال؛ ولو / تحولت الصفقة إليه، لأخذها بثمن مؤجل؛ وكذا لو اشتراها على [أن][٢] البائع بريء من كل عيب بها عند البيع، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيباً ـ فله أن يردها على من أخذها منه.

٣/ ١٧٩ ب

ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع، لما ثبت له حق الرد؛ كما لم يثبت للمشتري، فدلت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد إيجاب مبتدأ مضاف إليه، وقد خرج الجواب عن قولهم أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة؛ لأنه لا يأخذ [بذلك العقد][٣] لانتقاضه، بل بعقد مبتدأ مقرَّر بين البائع وبين الشفيع، على ما بينا [وسبق][٤] تقريره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: تحولت تلك الصفقة.

(٢) سقط من ط.

(٣) بدل ما بين المعكوفين في أ: بتلك الصفقة.

(٤) سقط من ط.

وإن كان المبيع في يد المشتري، أخذه منه ودفع الثمن إلى المشتري، والبيع الأول صحيح؛ لأن التملك وقع على المشتري، فيجعل كأنه اشترى منه؛ ثم إذا أخذ الدار من يد البائع، يدفع الثمن إلى البائع، وكانت العهدة عليه، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد نقد؛ وإن أخذها من يد المشتري، دفع الثمن إلى المشتري، وكانت العهدة عليه؛ لأن العهدة هي حق الرجوع بالثَّمن عند الاستحقاق، فيكون على من قبض الثمن.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار، حتى قضى للشَّفيع بمحضر منهما ـ أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشتَري، والعهدة على المشتري؛ وإن كان لم ينقد، دفع الشفيع الثمن إلى البائع، والعهدة على البائع؛ لأنه إذا كان نقد الثمن للبائع، فالملك لا يقع على البائع أصلاً؛ لأنه لا ملك له، ولا بد أيضاً لبطلان حق الحبس بنقد الثّمن، بل يقع على المشتري، فيكون الثمن له والعهدة عليه؛ وإذا كان لم ينقد، فللبائع حق الحبس، فلا يتمكن الشَّفيع من قبض الدار إلا بدفع الثمن إلى البائع، فكانت العهدة على البائع والله أعلم. وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحضره المقضي عليه؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوزُ.

وجملة الكلام فيه: أن المبيع إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري؛ فإن كان في يد البائع، فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعاً؛ لأن كل واحد منهما خَصْم، أما البائع فباليد، وأما المشتري فبالملك، فكان كل واحد منهما مقضيًّا عليه، فيشترط حضرتهما؛ لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر.

وأما إن كان في يد المشتري فحضرة البائع ليست بشَرْط، ويكتفي بحضرة المشتري؛ لأن البائع خرج من أن يكون خصماً؛ لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالأجنبي؛ وكذا حضرة الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء له بالشفعة؛ لأن القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب لا يجوز أيضاً، ثم القاضي إذا قضى بالشُّفعة يثبت الملك للشفيع، ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم؛ لأن الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء[١]، والشراء الصَّحيح يوجب الملك بنفسه.

وأما وقت القضاء بالشُّفعة فوقته وقت المنازعة [في الشفعة][٢] والمطالبة بها؛ فإذا طالبه بها الشفيع، يقضي القاضي له بالشُّفعة، سواء حضر الثمن أو لا في ظاهر الرواية، وللمشتري أن يحبس الدَّار حتى يستوفي الثمن من الشَّفيع، وكذا الورثة لأن التملك بالشُّفعة بمنزلة الشِّراء

(١) في أ: البيع.
(٢) سقط من ط.

من المشتري، وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن؛ فإن أبى أن ينقد حبسه القاضي؛ لأنه ظهر ظلمه بالامتناع من إيفاء حق واجب عليه، فيحبسه ولا ينقض الشفعة؛ كالمشتري إذا امتنع من إيفاء الثمن ـ أنه يحبس ولا ينقض البيع؛ وإن طلب أجلاً لنقد الثمن، أجله يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكنه النقد للحال، فيحتاج إلى مدة يتمكن فيها من النقد فيهمله ولا يحبسه؛ لأن الحبس جزاء الظلم بالمطل[1] ولم يظهر مطله، فإن مضى الأجل ولم ينفذ حبسه.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشُّفعة حتى يحضر الشَّفيع المال؛ فإن طلب أجلاً، أجّله يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة؛ فإن قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينفذ حبسه، وهذا عندي ليس باختلاف على الحقيقة، وللقاضي أن يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف؛ لأن لفظ محمد ـ رحمه الله ـ: ليس ينبغي للقاضي أن / يقضي بالشفعة، حتى يحضر الشفيع المال ـ لا يدل على أنه ليس له أن يقضي، بل هو إشارة إلى نوع احتياط، واختيار الأولى[2] لا تستعمل لفظة لا ينبغي إلا في مثله؛ ولهذا لو قضى، جاز ونفذ قضاؤه، نص عليه محمد، وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد؛ ولأن القضاء بمذهب المخالف في المجتهدات إنما ينفذ بشريطة اعتقاد إصابته فيه، وإفضاء اجتهاده إليه، وقد أطلق القضية في النفاذ من غير هذا الشَّرط؛ فدل أنه لا خلاف في المسألة على التحقيق، ثم إن ثبت الخلاف.

٣/ ١٨٠ أ

فوجه قول محمد: أن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدَّخيل عن الشفيع، والقضاء قبل إحضار الثمن يتضمن الضَّرر بالمشتري؛ لاحتمال إفلاس الشفيع، ودفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض، فلا يقضي قبل الإحضار، ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة إن طلب التأجيل؛ تمكيناً له من نقد الثمن.

وجه ظاهر الرواية: أن الشَّفيع يصير متملكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشُّفعة كأنه[3] اشتراه منه، والتملك بالشراء لا يقف على إحضار الثمن كما في الشراء المبتدأ.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: لو ضرب له القَاضي أجلاً؛ فقال له: إن لم يأت بالثمن إلى وقت كذا، فلا شفعة لك فلم يأت به ـ بطلت شفعته.

وكذا إذا قال الشفيع: إن لم أعطك الثمن إلى وقت كذا ـ فأنا بريء من الشفعة، لأن هذا تعليق إسقاط حق الشفعة بالشرط، والإسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط؛ كالطلاق والعتاق ونحو ذلك.

---

(١) المطل: تأجيل موعد الوفاء بالحق مرة بعد الأخرى. المعجم الوسيط (مطل).
(٢) في ط: الأول.
(٣) في ط: كان.

فصل [في بيان شرط التملك]

وأما بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان:

أحدهما: رضا المشتري أو قضاء القاضي؛ لأَن تملك مال الغير مما لا سبيل إِليه في الشرع إِلا بالتراضي أو بقضاء القاضي، فلا يثبت التملك بدونهما.

والثاني: أَلاَّ يتضمن التملك تفريق الصّفقة على المشتري؛ فإن تضمن ليس له أن يتملك؛ لأن في التفريق ضرراً بالمشتري وهو ضرر الشركة، ودفع الضرر بالضرر متناقض.

وعلى هذا يخرج ما إِذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشتري بالشُّفعة دون بعض ـ أنه هل يملك ذلك؟ فجمل الكلام فيه: أن المشتري لا يخلو إِما أن يكون بعضه ممتازاً عن البعض، وإِما أَلاَّ يكون، فإِن لم يكن بأن اشترى داراً واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض، أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ـ ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا، ولكن يأخذ الكل أو يدع؛ لأنه لو أخذ البعض دون البعض، لتفرقت الصفقة على المشتري؛ لأن الملك له في كل الدار ثبت بقول واحدٍ، فكان أخذ البعض تفريقاً فلا يملكه الشفيع، وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر، حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين[1] ـ ليس له لما قلنا، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروي عنهم: أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعض القَبْض.

وجه هذه الرواية: أن التملك قبل القبض لا يتضَّمن معنى التفريق؛ لأن التملك يقع على البائع، وقد خرج نصيبه عن ملكه، فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة، بخلاف ما بعد القبض، لأن التملُّك بعد القبض يقع على المشتري، ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفريق ملكه، والصَّحيح جواب الرواية؛ لأن الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة؛ فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه، فيلزمه ضَرَر الشركة.

ولو اشترى رجلان من رجل داراً، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعاً؛ لأن الأَخذ هنا لا يتضمن التفريق؛ لأَن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها؛ إِذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله، فلم تتَّحد الصفقة، فلا يقع الأخذ تفريقاً؛ لحصول التفريق قبله، وسواء كان بعد القَبْض أو قبله في ظاهر الرواية.

---

(١) في أ: الباقيين.

وروي: أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل / القبض إلا الكل، وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتَرِيين. ٣/ ١٨٠ ب

وجه هذه الرواية: أن أخذ البعض قبل القبض يتضمَّن تفريق اليد على البائع، والتملُّك قبل القبض لا يتضمن التفريق؛ لأن التملُّك يقع على البائع وأنه لا يجوز، ألا ترى أن أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصَّته دون صاحبه ـ ليس له ذلك.

وجه ظاهر الرواية: ما ذكرنا أن الصَّفقة حصلت متفرقة من الابتداء، فلا يكون أخذ البعض تفريقاً لحصول التفريق قبل الأخذ، وقوله: فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع؛ فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشُّفعة، ولكنه لا يفرق اليد، حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النِّصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرَّق القبض، وسواء سمى لكل نصف ثمناً على حدة، أو سمى للجملة[1] ثمناً واحداً ـ فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها، لا لاتحاد الثمن وتعدده؛ لأن المانع من التفريق هو الضرر، والضرر ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن، وسواء كان المشتري عاقداً لنفسه أو لغيره في الفَصْلين جميعاً؛ حتى لو وكل رجلان جميعاً رجلاً واحداً بالشراء، فاشترى الوكيل من رجلين، فجاء الشفيع ـ ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة، ولو وكل رجل واحد رجلين، فاشتريا من واحدة ـ فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين؛ وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا لرجل واحد، فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة.

قال محمد ـ رحمه الله ـ: وإنما انظر في هذا إلى المشتري، ولا أنظر إلى المشترى له، وهو نظر صحيح؛ لأن الأَخذ بالشُّفْعَةِ من حُقُوقِ البيع، وأنها راجعة إلى الوكيل، فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكلّ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإن كان المشتري بعضه ممتازاً عن البعض؛ بأن اشترى دارين صفقة واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ إحداهما دون الأخرى؛ فإن كان شفيعاً لهما جميعاً، فليس له ذلك، ولكن يأخذهما جميعاً أو يدعهما، وهذا قول أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ وقال زفر ـ رحمه الله ـ: له أن يأخذ إحداهما بحصتَّها من الثمن.

وجه قوله: أن المانع من أخذ البعض دون البَعْض هو لزوم ضرر الشَّركة، ولم يوجد ههنا؛ لانفصال كل واحدة من الدَّارين عن الأخرى.

ولنا: أن الصفقة وقعت مجتمعة؛ لأن المشتري ملك الدارين بقبول واحد، فلا يملك

---

(١) في أ: للكل.

الشفيع تفريقها كما في الدّار الواحدة، وقوله: ليس فيه ضرر الشركة مسلم[١]، لكن فيه ضرر آخر؛ وهو أن الجمع بين الجيد والرديء في الصفقة معتاد فيما بين الناس، فلو ثبت له حق أخذ أحدهما [لاختار وأخذ][٢] الجيد، فيتضرر المشتري؛ لأن الرديء لا يشترى وحده بمثل ما يشترى مع الجيد فيتضرّر به، وسواء كانت الدّاران متلاصقتين أو متفرقتين في مصر واحد أو مصرين ـ فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى في الجانبين؛ فإن كان الشفيع شفيعاً لإحداهما دون الأخرى، ووقع البيع صفقة واحدة ـ فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة، روي عن أبي حنيفة: أنه ليس له أن يأخذ إلا التي تجاوره بالحصة.

وكذا روي عن محمد في الدّارين المتلاصقين، إذا كان الشفيع جاراً لإحداهما: أنه ليس له الشفعة إلا فيما يليه؛ وكذا قال محمد في الأقرحة[٣] المتلاصقة وواحد منها يلي أرض إنسان، وليس بين الأقرحة طريق ولا نهر، إنما هي منَساة[٤]؛ أنه لا شفعة له إلا في القراح الذي يليه خاصّة.

وكذلك في القرية إذا بيعت بدورها وأراضيها؛ أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه خاصة، وروى الحسن عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشُّفعة.

قال الكرخي: رواية الحسن تدلُّ على أن قول أبي حنيفة كان مثل قول محمد ـ رحمه الله ـ، ثم رجع عن ذلك فجعله كالدّار الواحدة.

وجه الرواية الأولى: أن سبب ثبوت الحق وهو الجوار، وجد في أحدهما وهو ما يليه، فلا يملك إلا أخذ / أحدهما، والصفقة وإن وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت إلى شيئين؛ أحدهما ثبت فيه حق الشفعة والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة ـ فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق؛ كما إذا اشترى عقاراً أو منقولاً صفقة واحدة؛ أنه يأخذ العقار خاصّة كذا هذا. ٣/ ١٨١ أ

وجه الرواية الأخرى: أن سبب الوجوب وإن وجد فيما يليه دون البَاقِي، لكن لا سبيل إلى أخذه خاصة بدون الباقي، لما فيه من تفريق الصفقة، فيأخذ ما يليه قضية للسبب، ويأخذ الباقي ضرورة التحرُّز عن تفريق الصفقة.

(١) في أ: له.

(٢) بدل ما بين المعكوفين في ط: لأخذ.

(٣) الأقرحة: جمع القراح؛ وهي الأرض المخلاّة للزرع، وليس عليها بناء. المعجم الوسيط (قرح).

(٤) المنساة: المتروكة.

فصل [في بيان ما يتملك به]

وأما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق: ثمن المشترىٰ لا يخلو: إما أن يكون مما له مثل؛ كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة؛ وإما أن يكون ممَّا لا مثل له؛ كالمزروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك؛ فإن كان مما له مثل، فالشفيع يأخذ بمثله؛ لأن فيه تحقيق معنى الأخذ بالشفعة؛ إذ هو تمليك بمثل ما تملك به المشتري، وإن كان مما لا مثل له، يأخذ بقيمته عند عامة العلماء، وقال أهل المدينة: يأخذ بقيمة المشترىٰ.

وجه قولهم: أن المصير إلى قيمة المبيع عند تعذُّر إيجاب المسمى من الثمن ـ هو الأصل في الشَّريعة كما في البيع الفاسد، وههنا تعذر الأخْذ بالمسمى، فصار إلى قيمة الدار والعقار.

ولنا: أن الأخذ بالشُّفعة يملك بمثل ما تملّك به المشتري؛ فإن كان الثمن الذي تملك به المشتَري من ذوات الأمثال ـ كان الأخذ به تملكاً بالمثل صورة ومعنى؛ وإن لم يكن من ذوات الأمثال، كان الأخذ بقيمته تملكاً بالمثل معنى؛ لأن قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين، لهذا سميت قيمته لقيامه مقامه، فكان مثله معنى، وأما قيمة الدار فلا تكُون مثل العبد والثُّوب لا صورة ولا معنى، فالتملُّك بها لا يكون تملكاً بالمثل، فلا يتحقق معنى الأخذ بالشُّفعة؛ ولو تبايعا داراً بدار، فلشفيع كل واحد من الدارين أن يأخذها بقيمتها؛ لأن الدار ليست من ذوات الأمثال، فلا يمكن الأخذ بمثلها، فيأخذ بقيمتها كالعبد والثوب.

وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بعرض، ولم يتقابضا. حتى هلك العرض ـ بطل البيع فيما بين البائع والمشتري، وللشَّفيع الشفعة؛ وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك.

أما بطلان البيع فيما بين البائع والمشتري؛ فلأن العرض مبيع، إذ المبيع في الأصل ما يتعين بالتَّعين في البيع، والعرض يتعين بالتعيين في البيع، فكان مبيعاً، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطْلاَن البيع؛ لتعذر التسليم بعد الهلاك، فلم يكن في إبقاء العقد فائدة، فيبطل.

وإما بقاء الشفعة للشفيع؛ فلأن الواجب عليه قيمة العرض لا عينه، والقيمة مقدور التسليم في حقه، فكان بقاء العرض في حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة، ثم الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطي بدلاً من الواجب؛ لما ذكرنا أن الأخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري، والمشتري تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد، فيأخذه الشفيع به، حتى لو اشترى الدار بالدراهم والدنانير، ثم دفع مكانها عرضاً ـ فالشفيع يأخذ بالدراهم والدنانير لا بالعرض؛ لأن الدراهم والدنانير هي الواجبة بالعقد.

وأما العرض فإنما أخذه البائع بعقد آخر. وهو الاستبدال، فلم يكن واجباً بالعقد، فصار كأن البائع اشترى بالثمن عرضاً ابتداء، ثم حضر الشفيع؛ ولو كان كذلك، لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض؛ كذا هذا والله عز وجل أعلم.

ولو زاد المشتري البائع في الثمن، فالزيادة لا تلزم الشَّفيع، لأن الشفيع إنما يأخذ بما وَجَب بالعقد، والزيادة ما وجبت بالعقد في حق الشَّفيع؛ لانعدامها وقت العقد حقيقة، إلا أنها جعلت موجودة عند[1] العقد في حق المتعاقدين، تصحيحاً لتصرفهما، فلا يظهر الوجود في حق الشَّفيع، فلم تكن الزِّيادة ثمناً في حقه، بل كانت هبة مبتدأة، فلا تتعلق بها الشُّفعة كالهبة / المبتدأة. ٧/ ١٨١ ب

ولو حط البائع عن المشتري [بعض الثمن][2] أو أبرأه عن البعض ـ فالشَّفيع يأخذ بما بقي؛ لأن حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقْد، ويظهر في حقّ الشفيع كأن العقد ما ورد إلا على هذا القَدْر بخلاف الزيادة؛ فإن التحاقها لا يظهر في حق الشفيع لما بينّا؛ ولأن في تصحيح الزيادة ثمناً في حق الشَّفيع ضرراً به، ولا ضرر عليه في الحط؛ ولو حط جميع الثمن، يأخذ الشَّفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء؛ لأن حط كل الثَّمن لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق لبطل البيع؛ لأنه يكون بيعاً بلا ثمن، فلم يصحَّ الحط في حق الشَّفيع، والتحق في حقه بالعدَم، فيأخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء؛ لأن حطّ كل الثّمن لا يلتحق بأصْل العقد، وصح في حق المشتري وإن كان إبراء له عن الثمن.

ولو اشترى داراً بثمن مؤجّل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بثمن خال، وإن شاء انتظر مضي الأجل، فأخذ عند ذلك، وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالبيع، والأجل لم يجب بالبيع، وإنما وجب بالشَّرط، والشرط لم يوجد في حق الشَّفيع؛ ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع؛ بأن اشترى على أنه بالخيار؛ لأن ثبوته بالشَّرط ولم يوجد من الشَّفيع؛ وكذا البراءة عن العيب لا تثبت في حق الشَّفيع؛ لأن ثبوتها بالشَّرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا، وله أن يمتنع من الأخذ في الحال؛ لأن الشفيع غير مجبُور على الأخذ بالشفعة.

ولو اختار الشَّفيع أخذ الدار بثمن حال، كان الثمن للبائع على المشتري إلى أجل؛ لأن الأخذ من المشتري منه بمنزلة التملُّك المبتدأ؛ كأنه اشترى منه، فلا يوجب بطلان البيع الأول، فبقي [العقد][3] الأول على حاله، فكان الثمن على حاله إلى أجله، وروي عن أبي يوسف في

---

(١) في أ: وقت.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.

شراء الدار بثمن مؤجل: أنه يجب على الشفيع أن يطلب عند علمه بالبيع؛ فإن سكت إلى حين محل الأجل، فذلك تسليم منه، ثم رجع وقال: إذا طلب عند حل الأجل، فله الشفعة، وإن لم يطلب عند علمه بالبيع.

وجه قوله الأول: أن وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع [بل ذاك وقت الأخذ بالشفعة، وأنه يكون بعد الطلب فإذا لم يطلب عند العلم بالبيع وأخره إلى][1] حل الأجل، فقد أخّره عن وقته من غير عذر، فبطل الحق.

وجه قوله الآخر: أن الطلب لا يراد لعينه، بل لتأكيد[2] الحق واستقراره، والتأكيد لا يراد لنفسه بل لإمكان الأخذ، وله ألاَّ يأخذ قبل حل الأجل، فله ألاَّ يطلب قبل حله أيضاً والله تعالى أعلم.

فصل [في بيان ما يتملك بالشفعة]

وأما بيان ما يتملّك بالشفعة فالذي يتملكه الشَّفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء، سواء ملكه أصلاً أو تبعاً، بعد أن يكون متصلاً وقت التملك بالشفعة؛ وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر وهذا استحسان، والقياس ألاَّ يؤخذ البناء والغرس والزرع والثّمر بالشفعة.

وجه القياس: أن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشُّفعة، وأنه يثبت في العقار لا في المنقول، وهذه الأشياء منقولة، فلم يثبت فيها الحق، فلا تتملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر؛ لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدْخُلان في العقد من غير تسمية؛ فلم يثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعاً.

ولنا: أن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له؛ لأن حكم التبع حكم الأصل، وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال، أما البناء والغرس فظاهران؛ لأن قيامهما بالأرض.

وكذلك الزرع والثمر[3]؛ لأن قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر، وقيام الشجر بالأرض،

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: لأخذ.

(٣) مذهب الشافعية أنه يثبت الشفعة في ثمرة موجودة لم تؤبر عند البيع، وإن شرط دخولها في البيع، سواء تأبرت عند الأخذ أم لا؛ لأنها تتبع الأصل في البيع، فكذا في الأخذ بالشفعة، ولا نظر لطرو تأبره لتقدم حقّه وزيادته بالتأبير كزيادة الشجر. بل قال الماوردي: «يأخذه وإن قطع».
والتصريح بالشرط لا يخرج عن التبعية؛ لأنه تصريح بمقتضى العقد. أما الثمرة المؤبرة عند البيع، فلا =

فكان تبعاً للأرض بواسط الشجر، فيثبت الحق فيهما تبعاً، فيملكهما بالشفعة بطريق التَّبعية، إلا أَنهما لا يدخلان في العقد إلا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص، وهو ما سنروي[١] في كتاب البيوع عن سيدنا رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ[٢]، فَمَا دَامَ البِنَاءُ وَالشَّجَرُ مُتَّصِلاً بِالأَرْضِ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الأَرْضَ مَعَهُ

= شفعة فيها، كالشجر الجاف الذي شرط دخوله في البيع، بل تؤخذ بحصتها من الثمن، كالزرع المشروط دخوله في البيع، والجزة الظاهرة مما يتكرر؛ لأنها لا تدخل في مطلق البيع.

ويبقى كل ما لا يؤخذ. من ثمن وزرع إلى أوان الجذاذ، والثمرة الحادثة بعد البيع إن لم تؤبّر عند الأخذ فله أخذها بالشفعة؛ لأنها تابعة للأصل في البيع فتتبعه في الأخذ كالبناء والغراس، وإن أبرّت عند الأخذ فلا شفعة فيها؛ لانتفاء التبعية.

«فائدة»: المرجح هنا وفي باب التفليس تنزيل الحادث غير المؤبّر منزلة المتصل، وفي الردّ بالعيب منزلة المنفصل، فيكون للمشتري على الأصح، والفرق بين البابين: أن الرد بالعيب رفع للعقد، وينسب البائع إلى تقصير أو تدليس، فلا يناسب أن يأخذ الحادث في ملك المشتري.

وأما في صورة الشفعة فإن الآخذ وهو الشفيع، لا ينسب إلى تقصير، بل المقصر من أقدم على ابتياع شقص مستحق بالشفعة، فيكون ما حدث للشفيع على الأصح، وكذا المشتري المفلس، حاله حال المقصرين، فاستحق بائعه الرجوع في الأشجار والثمار الحادثة، إذا كانت عند الأخذ غير مؤبرة. ولا شفعة في المنقولات كالحيوان، والثياب، والشعر، وغيرها، بيعت وحدها أو مع أرض، للخبر المتقدم.

ولو انهدمت الدار بعد ثبوت الشفعة، أخذ نقضها بها، وإن نقل عنها، ولو اشترك اثنان في حجر مبنية على سقف، سواء أكان مشتركاً أم غير مشترك، بأن اختصّ به أحدهما، أو غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فيه فلا شفعة لشريكه؛ لأنه لا قرار لها، فهي كالمنقول؛ لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له، فما عليه كذلك.

وقيل: إن كان السقف مشتركاً، ثبتت الشفعة لشبهه بالأرض. . . ولو اشتركا في سفل، واختصّ أحدهما بعلوّه، فباع صاحب العلو علوه مع نصيبه من السفل، أخذ الشريك السفل فقط؛ لأن العلو لا شركة فيه.

وعند أبي حنيفة ثبتت الشفعة في العلو قال في «الكافي»: العلو يستحق بالشفعة، وتستحق به الشفعة في السفل، وإن لم يكن طريق العلو في السفل؛ لأنه التحق بالعقار. ينظر: الشفعة، لشيخنا أبو العنين محمد.

(١) في أ: ما روينا.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٤٠١): كتاب البيوع: باب من باع نخلاً قد أبرت. . . الحديث (٢٢٠٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٢): كتاب البيوع: باب من باع نخلاً عليها ثمر، الحديث (٧٧/ ١٥٤٣).

وأبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب في العبد يباع وله مال حديث (٣٤٣٣) والنسائي (٧/ ٢٩٧) كتاب البيوع: باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله والترمذي (٣/ ٥٤٦) كتاب البيوع: باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد له مال حديث (١٢٤٤) وابن ماجه (٢/ ٧٤٥ ـ ٧٤٦) كتاب التجارات: باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال حديث (٢٢١١) والدارمي (٢/ ٢٥٣) كتاب البيوع: باب فيمن باع عبداً وله مال وعبد الرزاق (٨/ ١٣٥) رقم (١٤٦٢٠) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٦٦ ـ منحة) رقم (١٣٣٤) وابن طهمان في «مشيخته» رقم (١٧٩) وابن الجارود (٦٢٨) وأبو يعلى (٩/ ٣٠٧ ـ ٣٠٨) رقم (٥٤٢٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٥٣) والحميدي في «مسنده» (٢/ ٢٧٧) رقم (٦١٣) والبيهقي (٥/ ٣٢٤) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٧٤ ـ بتحقيقنا) من طريق الزهري عن سالم بن =

....

= عبد الله بن عمر عن أبيه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع».

وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح هكذا روي من غير وجه عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع عبداً وله مال فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روي عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روي عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، أنه قال: من باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع. هكذا رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع، الحديثين.

وقد روى عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن النبي ﷺ نحو حديث سالم، والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم. وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق.

قال محمد بن إسماعيل: حديث الزهري عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ أصح ما جاء في هذا الباب.

قلت: أما طريق نافع عن ابن عمر.

أخرجه مالك (٢/ ٦١٧) كتاب البيوع: باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله حديث (٩) والشافعي في «الأم» (٣/ ٤١) وأحمد (٢/ ٦٣) والبخاري (٥/ ٣٦٩ ـ ٣٧٠) كتاب الشروط: باب إذا باع نخلاً قد أبرت حديث (٢٧١٦) ومسلم (٣/ ١١٧٢) كتاب البيوع: باب من باع نخلاً عليها ثمر حديث (٧٨/ ١٥٤٣) وأبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب في العبد يباع وله مال حديث (٣٤٣٤) وابن ماجه (٢/ ٧٤٥) كتاب التجارات..... باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال حديث (٢٢١٠) والبيهقي (٥/ ٣٢٤) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر به وأما طريق نافع عن ابن عمر عن عمر أنه قال: من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع.

فأخرجه البخاري (٥/ ٦٠) كتاب الشرب والمساقاة: باب الرجل يكون له ممر أو شرب.... حديث (٢٣٧٩).

وقد روي هذا مرفوعاً.

فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٣٩٢) رقم (١١٧٥) سمعت أبا زرعة وحدثنا عن إبراهيم بن أبي موسى عن هشيم عن سفيان بن حسين عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن عمر بن الخطاب، عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فقال أبو زرعة ليس هذا الحديث بمحفوظ والصحيح سالم عن أبيه، عن النبي ﷺ.

أما طريق عكرمة بن خالد:

أخرجه عبد الرزاق (٨/ ١٣٥) رقم (١٤٦٢١) والبيهقي (٥/ ٣٢٥) من طريق عكرمة بن خالد عن ابن عمر قال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٣٧٧) رقم (١١٢٢).

سألت أبي عن حديث رواه قتادة وحماد بن سلمة عن عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع. قال أبي كنت استحسن هذا الحديث من ذا الطريق حتى رأيت من حديث بعض الثقات عن عكرمة بن خالد عن الزهري عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال أبي فإذا الحديث قد عاد إلى الزهري عن سالم عن ابن عمر عن النبي ﷺ. =

بالثَّمَنِ الأَوَّلِ»، وكذا له أن يأخذ الأرض مع الثمر والزرع بالثمن الأول بقلاً كان الزرع أو مستحصداً إذا كان [الزرع][1] متصلاً؛ فأما إذا زال / الاتصال ثم حضر الشفيع، فلا سبيل للشفيع عليه، وإن كان عينه قائمة، سواء كان الزوال بآفة سماوية أو بصنع المشتري أو الأجنبي؛ لأن حق الشفعة في هذه الأشياء إنما ثبت معدولاً به عن القياس، معلولاً بالتبعية، وقد زالت التَّبعية بزوال الاتصال، فيرد الحكم فيه إلى أصل القياس، وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن؟ هذا لا يخلو إما أن كان مما يدخل في العقد من غير تسمية، وإما أن كان مما لا يدخل فيه إلا بالتسمية؛ فإن كان مما يدخل في العَقْد من غير تسمية؛ كالبناء والشجر - ينظر إن كان زوال الاتصال بآفة سماوية؛ بأن احترق البناء أو غرق أو جف شجر البستان - لا يسقط شيء من الثَّمن، والشفيع يأخذ الأرض بجميع الثمن، إن شاء أخذ وإن شاء ترك.

٣/ ١٨٢ أ

وكذلك لو انهدمت الدار، سواء بقي عين النقض أو هلك، كذا ذكر القدوري - رحمه الله - في «مختصره»، وسَوَّى بينه وبين الغرق والحرق، وفرق الكَرْخي - رحمه الله - فقال: إن احترق أو غرق ولم يبْق منه شيء - لا يسقط شيء من الثمن.

وإن انهدم، يسقط عن الشفيع حصته من الثمن، وسوَّى بينه وبين ما إذا انهدم بفعل المشتري أو الأجنبي، لكنه فرَّق بينهما من وجه آخر؛ وهو أن هناك تعتبر قيمته متصلاً فيقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الأرض، فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن، وههنا يعتبر منفصلاً ساقطاً، ويسقط ذلك القدر من الثمن.

والصحيح ما ذكره القدوري - رحمه الله -؛ لأن البناء تبع، والأتباع لا حِصَّةَ لها من الثمن، إلا أن تصير مقصودة بالفِعْل وهو الإتلاف أو[2] القبض ولم يوجد؛ ولهذا لو احترق أو غرق، لا يسقط شيء من الثَّمن كذا هذا.

وإن كان زوال الاتصال بفعل المشتري أو أجنبي؛ بأن انهدم البناء أو قطع الشجر - تسقط حصته من الثَّمن؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، فصار له حصة من الثمن كأطراف العبد، ويقسم الثمن على [قيمة][3] البناء مبنياً وعلى قيمة الأرض؛ لأنه إنما يسقط حصة البناء، فصار مضموناً عليه بفعله، وهو الهدم، والهدم صادفه وهو مبني، فتعتبر قيمته مبنيًّا بخلاف ما إذا انهدم بنفسه على رواية الكَرَخِي - رحمه الله -؛ لأنه انهدم لا بصنع أحد، فيعتبر حاله يوم الانهدام، ولو لم يهدم المشتري البناء لكنه باعه بغير أرض، ثم حضر الشَّفيع - كان أحق بالبناء

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: و.

(٣) سقط من ط.

والأرض، فيأخذ وينتقض البيع في البناء؛ لأنه باع البناء، وحق الشفيع متعلق به تبعاً للأرض؛ لوجود الاتصال، فكان بسبيل[١] من إبطال البيع؛ كما لو باع الأصل وهو الأرض، ثم حضر الشفيع ـ أن له أن يأخذ وينتقض البيع؛ كما قلنا كذا هذا.

وإن كان مما لا يدخل في العقد إلا بالتسمية؛ كالثمر والزرع ـ يسقط عن الشفيع حصته من الثَّمن، سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد أو بآفة سماوية، بخلاف الفصل الأول إذا احترق البناء أو غرق أو انهدم على رواية القدُوري ـ رحمه الله ـ: أنه لا يسقط شيء من الثمن؛ لأن البناء مبيع تبعاً لا مقصوداً؛ لثبوت حكم البيع فيها تبعاً لا مقصوداً بالتسمية، والأتباع ما لها حصة من الثمن إلا إذا صارت مقصودة بالفِعْل ولم يوجد، فأما الثمر والزرع فكلٌّ واحد منهما مبيع مقصود.

ألا ترى[٢] أنه لا يدخل في العقد من غير تسمية، فلا بدَّ وأن يخصه شيء من الثمن؛ فإن هلك، يهلك بحصته من الثمن، سواء هلك بنفسه أو بالاستهلاك؛ لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد؛ لأنه أخذ الحصة بالعقد، فتعتبر قيمته يوم العقد، فيقسم الثَّمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع وقت العقد، لكنه كيف تعتبر قيمتها يوم العقد، مفصولاً مجذوذاً[٣] أم قائماً.

روي عن أبي يوسف أنه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصول ومجذوذ، فيسقط عنه ذلك القدر.

وروي عن محمد في النوادر: أنه يعتبر قيمته قائماً، فتقوم الأرض وفيها الزرع والثمر، وتقوم وليس فيها الزرع والثمر، فيسقط عن الشَّفيع ما بين ذلك.

وجه قول محمد: أن الزَّرع دخل / في العقد وهو متصل، ويثبت الحق فيه وهو منفصل؛ وكذا الثَّمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال، على أن في اعتبار حالة الانفصال إضراراً بالشفيع؛ إذ ليس للمفصول والثمر المجذوذ كثير قيمة، فيتضرر به الشَّفيع. ٣/ ١٨٢ ب

وجه قول أبي يوسف: أن حقَّ الشفيع إنما سقط[٤] بعد زوال الاتصال، فتعتبر قيمتها منفصلاً لا متصلاً.

وكذا لو كانت الأرض مبذورة ولم يطلع الزرع بعد، ثم طلع ففصله المشتري؛ عند أبي

---

(١) في ط: سبيل.
(٢) في ط: يرى.
(٣) مجذوذاً: مقطعاً ومكسراً. المعجم الوسيط (جذذ).
(٤) في أ: ثبت.

يوسف: يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الأرض، فيسقط قدر قيمة البذر عن الثَّمن، وعند محمد: تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة، فيسقط عنه ما بين ذلك إذا آجر الشَّفيع الأرض مع الشجر بحصتها من الثَّمن، وبقيت الثمرة في يد البائع هل يثبت الخيار للمشتري؟ ذكر محمد: أن الثمرة لازمة للمشتري، ولا خيار له.

ولو كان البائع أتلف الثمرة قبل أن يأخذ الشّفيع الأرض بالشفعة ـ فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الأرض بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأنه لما أتلف الثمرة فقد فرق الصفقة على المشتري قبل التمام من غير رضاه، وأنه يوجب الخيار، بخلاف ما إذا كان الشَّفيع أخذ الأرض بالشفعة؛ لأن التفريق هناك حصل برضا المشتري؛ لأن حق الشفيع كان ثابتاً في المأخوذ وأنه حق لازم، فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت لازم شرعاً، فكان المشتري راضياً به، والتفريق المرضي به لا يوجب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كانت هذه الأشياء موجودة عند العقد متصلة بالعقار، ودام الاتصال إلى وقت التملك بالشفعة، أو زال ثم حضر الشفيع؛ فأما إذا لم تكن موجودة عند العقد ووجدت بعده، ثم حضر الشفيع، فإن كان الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعاً وهو الثَّمر[1]؛ بأن وقع البيع ولا ثمر في الشجر، ثم أثمر بعده، ثم حضر الشَّفيع، فما دام متصلاً يأخذه الشفيع مع الأرض بالثمن الأول استحساناً؛ لأنه ثبت حكم البيع فيه تبعاً لثبوته في الأرض بواسطة الشَّجر، فكان مبيعاً تبعاً، فيثبت حق الشُّفعة تبعاً، سواء حدث في يد المشتري أو في يد البائع؛ لأن الشفعة[2] موجودةٌ في الحالين؛ فإن زال الاتصال فحضر الشفيع؛ فإن كان حدث في يد المشتري، فالشفيع يأخذ الأرض والشجر بالثَّمن الأول إن شاء، وإن شاء ترك ولا يسقط شيء من الثمن، وسواء كان زواله بآفة سماوية وهو قائم [بعد الزوال أو هالك، أو كان زواله بفعل أحد، أما إذا كان بآفة سماوية وهو قائم][3] أو هالك؛ لأنه كان تبعاً حالة الاتصال، ولم يرد عليه فعل يصير به مقصوداً، والتبع لا يصير له حصّة من الثمن بدونه.

وأما إذا كان الزوال بصنع العبد؛ بأن جده المشتري وهو قائم أو هالك، فلأنه لم يرد عليه العقد ولا القَبْض، وإن كان حدث في يد البائع، فإن كان الزوال بآفة سماوية وهو قائم أو هالك ـ فكذلك أخذ الشفيع الأرض والشجر بجميع الثمن إن شاء؛ لأنه لم يوجد فعل يصير به مقصوداً، فيقابله الثمن.

---

(١) في أ: الثمن.

(٢) في أ: التبعية.

(٣) سقط في أ.

وإن كان بفعل البائع؛ بأن استهلكه ـ يسقط عن الشفيع حصّته من الثمن؛ لصيرورته مقصوداً بالإتلاف، وإن كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأساً لا أصلاً ولا تبعاً؛ بأن بنى المشتري بناءً أو غرس أو زرع، ثم حضر الشفيع ـ يقضي له بشفعة الأرض، ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة إلى الشفيع، إلا إذا كان في القَلْع نقصان الأرض، فللشفيع الخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشتري على القلع؛ وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس، ولكنه يأخذ الأرض بثمنها، والبناء والغرس بقيمته قائماً غير مقلوع إن شاء، وإن شاء ترك؛ وبه أخذ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ.

وأجمعوا على أن المشتري لو زرع في الأرض، ثم حضر الشَّفيع ـ أنه لا يجبر المشتري على قلعه، ولكنه ينتظر إدراك الزَّرع ثم يقضي له بالشفعة، فيأخذ الأرض بجميع الثمن.

وجه رواية أبي يوسف ـ رحمه الله ـ، أن في الجبر على النَّقض ضرراً/ بالمشتري، وهو إبطال تصرفه في ملكه، وفيما قلنا مراعاة الجانبين. ٣/ ١٨٣ أ

وأما جانب المشتري فظاهر؛ لأن فيه صيانة حقه عن الإبطال، وأما جانب الشفيع؛ فلأنه يأخذ البناء بقيمته، وأخذ الشيء بقيمته لا ضَرَر فيه على أحد.

وجه ظاهر الرواية: أن حق الشَّفيع كان متعلقاً بالأرض قبل البناء، ولم يبطل ذلك بالبناء بل بقي؛ فإذا قضى له بالشُّفعة، فقد صار ذلك الحق ملكاً له، فيؤمر بتسليم ملكه إليه، ولا يمكنه التسليم إلا بالنقض، فيؤمر بالنَّقض، ولهذا أمر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا، قوله: في النقض ضرر بالمشتري، قلنا: إن كان فيه ضرر به، فهو الذي أضرَّ بنفسه؛ حيث بنى على محل تعلق به حق غيره؛ ولو أخذ الشفيع الأرض بالشفعة وبنى عليها، ثم استحقت وأمر الشفيع بنقض البناء ـ فإن الشفيع يرجع على المشتري بالثَّمن، ولا يرجع عليه بقيمة البناء إن كان أخذ منه، ولا على البائع أيضاً إن كان أخذ منه في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أنه يرجع عليه.

وجه هذه الرواية: أن الأخذ بالشُّفعة بمنزلة الشراء من المشتري؛ ولو كان اشتراه، لرجع عليه؛ كذا إذا أخذه بالشفعة له الرُّجوع بقيمة البناء في الشراء؛ لوجود الغرور من البائع، وضمان السلامة للمشتري؛ لأن كل بائع مخير للمشتري أنه يبيع منك نفسه، وشارط سلامة ما يبني فيه دلالة، فإذا لم يسلم يدفع[1] بحكم الضمان المشروط دلالة؛ إذ ضمان الغرور ضمان الكفالة في الحقيقة، ولا غرور من المشتري في حق الشفيع؛ لأنه مجبور على التملك منه،

---

(١) في أ: يرجع.

وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على المجبور؛ كالجارية المأسورة إذا اشتراها رجل، فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها، ثم استحقت من يده وقضى عليه بالعقر[1] وقيمة الولد ـ فإنه يرجع على المشتري بالثَّمن الذي دفعه إليه، ولا يرجع عليه بقيمة الولد؛ ومثله إذا استولد جارية بالشِّراء ثم استحقت، فإن المشتري يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد؛ لصيرورته مغروراً من جهته، ولا غرور من المشتري من الحربي؛ لكونه مجبوراً في التملك عليه بما أخذه من الحربي؛ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيان من يتملك منه الشقص

وأما بيان من يتملّك منه الشقص المشفوع فيه: فالشفيع يتملك من الذي في يده، إن كان في يد البائع أخذه منه ونقده الثمن، والعهدة عليه؛ وإن كان في يد المشتري، أخذه ودفع الثمن إليه، والعهدة عليه، سواء كان المشتري عاقداً لنفسه أو لغيره، بأن كان وكيلاً بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أنه لا يأخذها من يد الوكِيل.

وجه هذه الرواية: أن الوكيل لم يشتر لنفسه، وإنما اشترى لموكله، فلم يكن هو خصماً بل الخصم الموكل، فلا يأخذ منه، ولكن يقال له: سلم الدار إلى الموكل، فإذا سلم يأخذها الشَّفيع منه.

وجه ظاهر الرواية: أن الشُّفعة من حقوق العقد، وأنها راجعة إلى الوكيل، والوكيل في الحقوق أصل بمنزلة المشتري لنفسه، فكان خصم الشفيع فيأخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه، وإن كان الوكيل سلم الدار إلى الموكل، ثم حضر الشفيع ـ فإنه يأخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن إليه، وكانت العهدة عليه، ولا خصومة للشفيع مع الوكيل؛ لأنه بالتسليم إلى الموكل زالت يده عن الدار، فخرج من أن يكون خصماً، بمنزلة البائع إذا سلم الدار إلى المشتري؛ أنه لا خصومة للشفيع مع البائع لما قلنا؛ كذا هذا، غير أن الدار إذا كانت في يد البائع لم يكن خصماً ما لم يحضر المشتَرِي؛ وإذا كانت في يد الوكيل، يكون خَصْما وإن لم يحضر الموكل؛ لأن الوكيل بالتَّوكيل قائم مقام الموكل، والبائع ليس بقائم مقام المشتري؛ لانعدام ما يوجب ذلك.

ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع في الشفعة: إنما اشتريت لفلان، وسلم إليه ثم

---

(١) العقر: المهر وقد تقدم.

حضر الشفيع ـ فلا خصومة بينه وبين المشتري؛ لأنه أقرَّ قبل أن يكون خصماً للشفيع، فصح / إقراره لانعدام التهمة، فصار كما لو كانت الوكالة معلومة؛ ولو أقر بذلك بعد ما ٣/ ١٨٣ ب خاصمه الشَّفيع، لم تسقط الخصومة عنه؛ لأنه متهم في هذا الإقرار؛ لصيرورته خصماً للشفيع، فلا يقبل في إبطال حقه.

ولو أقام بينة أنه قال قبل الشراء: إنما اشترى لفلان، لم تقبل بينته، لأن هذه البينة لو صدقت لم تدفع الخصومة عنه؛ لأنه لا يثبت بها إلا الشراء لفلان، وبهذا لا تندفع عنه الخصومة.

وروي عن محمد: أنها لا تقبل لإِثبات الملك للغائب، وتقبل لدفع الخصومة بينه وبين الشَّفيع حتى يحضر المقر له.

فصل في بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري

وأما بيان حكم اختلاف الشَّفيع والمشتري: فاختلافهما لا يخلو: إما أن يرجع إلى الثَّمن، وإما أن يرجع إلى المبيع، وإما أن يرجع إلى صفة المبيع؛ أما الذي يرجع إلى الثمن فلا يخلو: إما أن يقع الاختلاف في جنس الثَّمن، وإما أن يقع في قدره، وإما [أن][1] يقع في صفته، وإن وقع في الجنس؛ بأن قال المشتري: اشتريت بمائة دينار، وقال الشفيع: لا بل بألف درهم ـ فالقول قول المشتري؛ لأن الشفيع يدّعي عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر، فكان القول قول المنكر مع يمينه؛ ولأن المشتري أعرف بجنس الثَّمن من الشفيع: لأن الشراء وجد منه لا من الشفيع، فكان أعرف به من الشفيع، فيرجع في معرفة الجنس إليه[2].

---

(١) سقط من ط.

(٢) مذهب الشافعية: إذا اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن أو قيمته، بأن كان عرضاً، وتلف، ولا بينة لواحد منهما، أو أقاما بينتين وتعارضا، فالقول قول المشتري بيمينه، وإن كان الثمن كثيراً كألف دينار فيما يساوي ديناراً؛ لأنه المباشر للعقد، فهو أعلم به من غيره، ولأن الأصل عدم ما ادعاه الشفيع، ولأنه مالك للشقص فلا ينتزع منه إلا بقوله.

وقال الزركشي: وينبغي أن يقيد تصديق المشتري بما إذا لم يكذبه الحس، فلو ادّعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوي ديناراً لم يصدق».

والمعتمد تصديقه مطلقاً، أخذا مما قالوه، من أنه لا خيار للمشتري في شراء زجاجة بألف درهم وهي تساوي درهماً؛ لأن الحس لا يكذب ذلك؛ لأن الغبن يقع به.

قال ابن قاسم: «الوجه أنه لا عدول عن بحث الزركشي؛ إذ قد يستحيل في العادة ما يدّعيه المشتري كألف دينار فيما يساوي ديناراً، ولا ترد مسألة الزجاجة؛ لأن الغبن فيها إنما أمكن من جهة اشتباهها بالجوهرة، التي يرغب فيها بمثل ذلك الثمن». =

....

= وهذا المعنى لا يتأتى فيما نحن فيه، والحالة ما ذكر.
قال الشبراملسي: «والفرق له وجه».
وإنما لم نعتبر قول الشفيع مع كونه غارماً؛ لأن القول قول الغارم في حالة التلف؛ لأنه يغرَم ولا يملك مالاً، وليس كذلك فيما نحن فيه؛ لأنه إنما يبذل العوض ليملك به شقصاً لغيره، فلا يقبل قوله في قدر ذلك العوض، ولهذا لم يجعلوا القول قول المشتري في الثمن عند الاختلاف مع البائع فيه؛ لأنه ينزع الملك من البائع.
فإن حلف المشتري على ما ادّعى من الثمن، أخذه الشفيع به إن شاء، وإن نكل ردت اليمين على الشفيع، فيحلف ويأخذ بما قال. وإنما لم يتحالفا كالمتبايعين عند اختلافهما ولا بينة؛ لأن كل واحد من المتبايعين مدّعٍ ومدّعى عليه، فتحالفا لاستوائهما، ولا كذلك الشفيع مع المشتري، فإن الشفيع وحده منفرد بدعوى ملكية الشقص بما ادّعى، فكان القول قول المشتري؛ لانفراده بالإنكار، فلو أقام أحدهما بينة حكم بها، وهي شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، فلو أقامها المشتري استفاد بها سقوط اليمين، ولا تقبل شهادة البائع له؛ لأنه شاهد بالزيادة لنفسه، ولو أقامها الشفيع استفاد بها الحكم بقوله، فإن شهد له البائع بما ادّعى من الثمن ردّت شهادته؛ لأنه متهم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك، مع أنه عاقد في الحالين، فلا تقبل شهادته فيما تولى عقده؛ لأنه فعل نفسه.
فعلى هذا لو أخذه الشفيع بألف عند يمين المشتري، ثم قامت البينة على أن الثمن خمسمائة، رجع الشفيع على المشتري بخمسمائة، ولا خيار للشفيع؛ لأنه إذا رضي الشقص بألف كان له بخمسمائة أرضى، ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بعد نكول المشتري، ثم قامت البينة على أن الثمن ألف، خيّر الشفيع بين أخذه بألف أو ردّه. ولو ادعى المشتري عبداً قيمته ألف، فأخذه الشفيع به، ثم بان أن الثمن ثوب، فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشيء؛ لأن المستحق فيه القيمة، وهما فيها سواء، وإن كانت قيمة الثوب أكثر، لم يرجع المشتري بالزيادة؛ لأنه مقرّ باستيفاء حقّه، وإن كانت قيمة الثوب أقل، رجع الشفيع بنقصها على المشتري، ولا خيار له.
«حكم اختلاف البائع والمشتري في الثمن» إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن، فقال البائع: «بعته بألف» مثلاً، وقال المشتري: «اشتريته بخمسمائة، فإنهما يتحالفان؛ لأن كلاً منهما مدّعٍ، ومدعى عليه، ولأن كلاً يرجع إلى شيء بعد الحلف: هذا إلى المبيع، وذاك إلى الثمن، فإذا تحالفا ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان:
أحدهما: يبطل، فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع، ولا شفعة فيه.
والثاني: لا يبطل البيع إلا بالفسخ، فعلى هذا لا يخلو حال الثمن من أحد أمرين:
إمّا أن يكون معيناً، أو غير معين، فإن كان معيناً كقول البائع: «بعتك الشقص بهذا العبد»، فيقول المشتري: اشتريته بهذا الثوب، فإذا تحالفا وامتنع المشتري من أخذه بالعبد الذي ادّعاه البائع ثمناً، لم يعرض على الشفيع؛ لأن غير ذلك العبد لا يحصل للبائع من جهة الشفيع، وفسخ الحاكم البيع بينهما، وأبطل الشفعة فيه.
وإن كان الثمن غير معيَّن كقول البائع: «بعتك الشقص بألف»، فقال المشتري: «بل بخمسمائة» عرض الشقص على الشفيع والمشتري بالألف، ليأخذاه به أو يردّاه؛ لأنه قد يحل للبائع ما ادّعاه من القدر من الشفيع أو المشتري، فلذلك عرض عليهما، وإذا كان كذلك فلمشتري والشفيع أربعة أحوال: =

وإن وقع الاختلاف في قدر الثمن؛ بأن قال المشتري: اشتريت بألفين، وقال الشفيع: بألف - فالقول قول المشتري مع يمينه، وعلى الشفيع البينة أنه اشتراه بألف؛ لأن الشفيع يدعي التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن، والمشتري ينكر - فكان القول قول المنكر.

ولو صدق البائع الشفيع؛ بأن قال: بعت بألف - ينظر في ذلك إن كان البائع ما قبض الثمن، فالقول قول البائع، والشفيع يأخذ بالألف، سواء كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري إذا لم يكن نقد الثمن؛ لأن البائع إذا لم يكن قبض الثمن، فالتملك يقع عليه بتمليكه فيرجع في مقدار ما ملك به إلى قوله؛ ولأن الشراء لو وقع بألف كما قاله البائع، أخذ الشفيع؛ وإن وقع بألفين كما قاله المشتري، كان قول البائع: بعت بألف - حُطٌّ ببعض الثمن عن المشتري، وحَطٌّ بعض الثمن يصح، ويظهر في حق الشّفيع على ما مر.

وإن كان البائع قبض الثمن؛ لا يلتفت إلى تصديقه، والقول قول المشتري؛ لأنه إذا قبض الثمن لم يبق له حق في المبيع أصلاً، وصار أجنبياً، فالتحق تصديقه بالعدم، وقيل: إنه يراعي التقديم والتأخير في تصديق البائع؛ فإن بدأ بالإقرار بالبيع، بأن قال: بعت الدار بألف وقبضت الثمن - فالشفيع يأخذها بألف، وإن بدأ بالإقرار بقبض الثمن؛ بأن قال: قبضت الثمن وهو الألف - لا يلتفت إلى قوله؛ لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع، فقال: بعت بألف، فقد تعلق به حق الشفعة، فهو بقوله: قبضت الثمن يريد إسقاط حق متعلق بقوله، فلا يصدق؛ وإذا بدأ بالإقرار بقبض الثمن، فقد صار أجنبياً، فلا يقبل قوله في مقدار الثمن.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما -: أن المبيع إذا كان في يد البائع، فأقر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف - فالقول قوله؛ لأن المبيع إذا كان في يد البائع، فالتملك يقع عليه، فكان القول قوله في مقدار الثمن.

ولو اختلف البائع مع المشتري والشفيع، والدار في يد البائع أو المشتري، لكنه لم ينقد الثمن - فالقول في ذلك قول البائع، والبائع مع المشتري يتحالفان ويترادان، والشّفيع يأخذ الدار بما قال البائع إن شاء، أما التحالف والتراد فيما بين البائع والمشتري فلقوله - عليه

= الأول: أن يرضيا جميعاً به، فيلزم المشتري ألفاً، وللشفيع أن يأخذه منه بألف.

الثاني: أن يردّاه، فينفسخ البيع وتبطل الشفعة.

الثالث: أن يرضاه المشتري ويرده الشفيع، فيلزم المشتري الألف، وتبطل شفعة الشفيع.

الرابع: أن يرضى به الشفيع بالألف ويردّه المشتري، فيكون ردّ المشتري بالملأ؛ لما فيه من إسقاط حق الشفيع، ويصير البيع لازماً للمشتري؛ ليتوصل به الشفيع إلى حقّه من الشفعة، ويأخذ الشقص فيه بالألف، فلو ردّه بعيب ردّه على المشتري، ورجع عليه بالثمن؛ لأن عهدته عليه، وللمشتري حينئذٍ أن يفسخ البيع فيه. ينظر: الشفعة لشيخنا أبو العنين محمد.

السلام ـ: «إِذَا ٱخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادًّا»[١] وأما أخذ الشفيع بقول البائع إن شاء؛ فلأنه إذا لم يقبض الثمن، فالتملك يقع عليه، فكان القول في مقدار الثمن في حق الشَّفيع.

قوله: وإن كان البائع قد قبض الثمن فلا يُلتفت إلى قوله؛ لأنه صار أجنبياً على ما بيَّنَّا، هذا إذا لم يكن لأحدهما بينة، لا للشفيع ولا للمشتري / ؛ فإن قامت لأحدهما بينة، قبلت بينته؛ وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: البينة بينة المشتري. ٣/ ١٨٤ أ

وجه قوله: أن بينة المشتري تظهر زيادة، فكانت أولى بالقبول؛ كما إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن، فقال البائع: بعت بألفين، وقال المشتري: بألف، وأقاما جميعاً البينة ـ فالبينةُ بينة البائع لما قلنا، والجامع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الزيادة التي تظهرها إحدى البيِّنتين لا معارض لها، فتقبل في قدر الزيادة؛ لخلولها عن المعارض، ولا يمكن إلا بالقَبُول في الكل، فتقبل في الكل ضرورة.

والثاني: أن البينة المظهرة للزيادة مثبتة، والأخرى نافية، والمثبت يترجح على الثاني، ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ طريقتان: إحداهما ذكرها أبو يوسف لأبي حنيفة ولم يأخذ بها، والثانية ذكرها محمد وأخذ بها؛ أما الأولى فهي: أن البينة جعلت حجة للمدعي؛ قال النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي»[٢] والمدعي ههنا هو الشفيع؛ لأنه غير مجبور

---

(١) تقدم تخريجه

(٢) أخرجه بهذا اللفظ البيهقي (١٠/ ٢٥٢) كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ـ من حديث ابن عباس بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وهو في الصحيحين والسنن الأربعة بلفظ: «واليمين على المدعى عليه».

أخرجه البخاري (٨/ ٢١٣) كتاب التفسير: باب إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم حديث (٤٥٥٢) ومسلم (٣/ ١٣٣٦) كتاب الأقضية: باب اليمين على المدعى عليه حديث (١/ ١٧١١) وأبو داود (٤/ ٤٠) كتاب الأقضية: باب في اليمين على المدعى عليه حديث (٣٦١٩) والترمذي (٣/ ٦٢٦) كتاب الأحكام: باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه حديث (١٣٤٢) والنسائي (٨/ ٢٤٨) كتاب آداب القضاة: باب عظة الحاكم على اليمين، وابن ماجه (٢/ ٧٧٨) كتاب الأحكام: باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه حديث (٢٣٢١) والبيهقي (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع: باب اختلاف المتبايعين، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٣٣٩ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه لفظ مسلم.

تنبيه: ذكر هذا الحديث الإمام النووي في «الأذكار» (ص ـ ٤٤٧) بلفظ: لو يعطى الناس بدعواهم لادعى

على الخُصُومة في الشفعة؛ بل إذا تركها، ترك، والمشتري مجبور على التملك عليه، بحيث لو ترك الخصومة لا يترك، فكان المدعي منهما هو الشفيع، فكانت البينة حجته.

وأما الثانية فهي: أن البينة حجة من حجج الشَّرع، فيجب العمل بها ما أمكن؛ وههنا أمكن العمل بالبينتين في حق الشفيع؛ بأن يجعل كأنه وجد[١] عقدان أحدها بألف والآخر بألفين؛ لأن البيع الثاني لا يوجب انفساخ البيع الأول في حق الشفيع، وإن كان يوجب ذلك في حق العاقدين، ألا ترى أنه لو باع بألف ثم باع بألفين، ثم حضر الشفيع ـ كان له أن يأخذ

= رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

وقال: هو حسن بهذا اللفظ وبعضه في الصحيحين.

قلت: أخرجه بهذا اللفظ البيهقي (١٠/ ٢٥٢) كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعي.

وفي الباب عن عبد الله بن عمرو وأبي هريرة وعمر بن الخطاب وعمران بن حصين وزيد بن ثابت.

حديث عبد الله بن عمرو:

أخرجه الترمذي (٣/ ٦٢٦) كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي حديث (١٣٤١) من طريق محمد بن عبيد الله العرزمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره. اهـ.

ولكنه توبع تابعه الحجاج بن أرطأة:

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٨) كتاب الأقضية والأحكام حديث (٥٣) والبيهقي (١٠/ ٢٥٦) كتاب الدعوى والبينات: باب المتداعيان يتداعيان شيئاً.

حديث أبي هريرة:

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٧ ـ ٢١٨) كتاب الأقضية والأحكام حديث (٥١) من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة ومسلم بن خالد الزنجي ضعيف.

حديث عمر:

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٨) كتاب الأقضية والأحكام حديث (٥٤) من طريق أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن شريح عن عمر عن النبي ﷺ قال: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

حديث عمران بن حصين:

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٩) كتاب الأقضية والأحكام حديث (٥٦) عنه قال: أمر رسول الله ﷺ بشاهدين على المدعي واليمين على المدعى عليه.

حديث زيد بن ثابت:

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٩) حديث (٥٧) والبيهقي (١٠/ ٢٥٣) بلفظ: إذا لم يكن للطالب بينة فعلى المطلوب اليمين.

(١) في أ: جعل.

الدار بألف، دلَّ أن البيعين قائمان في حق الشفيع، وأن الفسخ الأول في حقهما، فأمكن تقدير عقدين، بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن، وأقاما البينة ـ أن البينة بينة البائع. أما على الطريق الأول[١]: فلأن البائع هناك هو المدّعي، فكانت البينة حجته، ألا ترى أنه لا يجبر على الخصومة، والمشتري مجبور عليها، وههنا بخلافه على ما بيَّنا.

وأما على الطريق الثاني[٢]: فلأن تقدير عقدين هنا[٣] متعذر؛ لأن البيع الثاني يوجب انفساخ الأول في حق العاقدين، فكان العقد واحداً؛ والترجيح بجانب البائع لانفراد بينته بإظهار فضل، فكانت أولى بالقبول، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض، وانتقض البيع فيما بين البائع والمشتري، أو كان المشتري قبض الدار، ولم يسلم العرض حتى هلك، وانتقض البيع فيما بينهما، وبقي للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض على ما بيَّنا فيما تقدم، ثم اختلف الشفيع والبائع في قيمة العَرَض ـ فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الشفيع يدعى عليه التملُّك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر؛ فإن أقام أحدهما بينة، قبلت بينته؛ وإن أقاما جميعاً البينة، فالقول قول البائع عند أبي يوسف ومحمد، وهو قول أبي حنيفة على قياس العلة التي ذكرها محمد لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في تلك المسألة، أما عند أبي حنيفة فظاهر؛ لأن بينة البائع انفردت بإثبات زيادة، وكذلك عند محمد على قياس ما ذكره لأبي حنيفة في تلك المسألة وأخذ به، لأن تقدير عقدين ههنا غير ممكن؛ لأن العقد وقع على عرض بعينه، وإنما اختلفا في قيمة ما وقع عليه العقد، فكان العقد واحداً، فلا يمكن العمل بالبينتين، فيعمل بالراجح منهما وهو بينة البائع؛ لانفرادها بإظهار الفضل، وكذلك عند أبي حنيفة على قياس ما علّل له محمد.

وأما على قياس ما علّل له أبو يوسف؛ فينبغي أن تكون البينة بينة الشَّفيع؛ لأنه هو المدعي، وهكذا ذكر الطحاوي ـ رحمه الله ـ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو هدم المشتري بناء الدار حتى سقط عن الشَّفيع قدر قيمته من الثَّمن، ثم اختلفا في قيمة البناء ـ فهذا لا يخلو: إما أن اختلفا في قيمة البناء واتفقا على قيمة الساحة، وإما أن اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعاً؛ فإن اختلفا في قيمة البناء لا غير، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن / الشفيع يدعي على المشتري زيادة في السقوط وهو ينكر؛ وإن اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعاً، فإن الساحة تقوم الساعة، والقول في قيمة البناء قول المشتري. ٣/ ١٨٤ ب

(١) في ط: الأولى.
(٢) في أ: الثانية.
(٣) في أ: هناك.

أما تقوم الساحة الساعة؛ فلأنه يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضي، ولا يمكن تحكيم الحال في البناء؛ لأنه تغير عن حاله، والقول قول المشتري لما قلنا؛ فإن قامت لأحدهما بينة، قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة، قال أبو يوسف: البينة بينة الشَّفيع على قياس قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وقال محمد: البينة بينة المشتري على قياس قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف من تلقاء نفسه: البينة بينة المشتري؛ لأنها تظهر زيادة، وإنما اختلفا في القياس على قول أبي حنيفة؛ لاختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما له في تلك المسألة؛ فطريق أبي يوسف: أن الشفيع هو المدعي والبينة حجة المدعي، وهذا موجود ههنا، وطريق محمد ـ رحمه الله ـ: العمل بالبينتين بتقدير عقدين، وهذا التقدير منعدم هنا، فيعمل بإحدى البينتين وهي بينة المشتري؛ لانفرادها بإظهار زيادة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإن اختلفا في صفة الثمن؛ بأن قال المشتري: اشتريت بثمن معجل، وقال الشفيع: لا بل اشتريته بثمن مؤجّل ـ فالقول قول المشتري؛ لأن الحلول في الثمن أصل والأجل عارض، فالمشتري يتمسك بالأصل، فيكون القول قوله؛ ولأن العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره؛ ولأن الأَجل يثبت بالشرط، فالشفيع يدعي عليه شرط التأجيل وهو ينكر، فكان القول قوله.

وأما الذي يرجع إلى المبيع، فهو أن يختلفا فيما وقع عليه البيع؛ أنه وقع عليه بصفقة واحدة أم بصفقتين؛ نحو ما إذا اشترى داراً، فقال المشتري: اشتريت العرصة على حدة بألف والبناء بألف، وقال الشفيع: لا بل اشتريتهما جميعاً بألفين والدار لي ببنيانها ـ فالقول قول الشفيع؛ لأن إفراد كل واحد منهما بالصفقة حالة الاتصال ليس بمعتاد، بل العادة بيعهما صفقة واحدة، فكان الظاهر شاهداً للشفيع، فكان القول قوله؛ ولأن سبب وجوب الشفعة في العرْصة يقتضي الوجوب في البناء تبعاً له حالة الاتصال، وشرط الوجوب هو الشراء، وقد أقر المشتري بالشراء، إلا أنه يدعي زيادة أمر وهو تفريق الصفقة، فلا يصدق إلا بتصديق الشفيع، أو ببينة ولم توجد؛ وأيهما أقام البينة، قبلت بينته؛ وإن أقاما جميعاً البينة ولم يؤقتا وقتاً، فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف، وعند محمد: البينة بينة الشفيع.

وجه قول محمد: أن بينة الشفيع أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البناء، فكانت أولى بالقبول؛ ولأن العمل بالبينتين ههنا ممكن؛ بأن يجعل كأنه باعهما بصفقتين ثم باعهما بصفقة واحدة، فكان للشفيع أن يأخذها بأيهما شاء.

وجه قول أبي يوسف: أن بينة المشتري أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت زيادة صفقة، فكانت أولى بالقبول، فأبو يوسف نظر إلى زيادة الصفقة، ومحمد نظر إلى زيادة الاستحقاق، وقال أبو يوسف: إذا ادعى المشتري أنه أحدث البناء في الدار، وقال الشفيع: لا بل اشتريته والبناء فيها ـ أن القول قول المشتري؛ لأنه لم يوجد من المشتري الإقرار بشراء البناء، والشفيع يدعي

عليه استحقاق البناء وهو ينكر؛ ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق، فقال المشتري: اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريكك في الثانية، وقال الشفيع: لا بل اشتريتهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعاً ـ فالقول قول الشفيع؛ لأن سبب الاستحقاق ثابت فيهما جميعاً، وهو الجوار على سبيل الملاصقة، وقد أقر المشتري بشرط الاستحقاق وهو شراؤهما، إلا أنه بدعوى تفريق [الصفقة][1] يدعي البطلان بعد وجود السَّبب وشرطه من حيث الظاهر، فلا يصدق إلا ببينة، وأيهما أقام بينة قبلت بينته؛ وإن أقاما جميعاً البينة، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ /. ‏/١٨٥ أ

ولو قال المشتري: وهب لي هذا البيت مع طريقه من هذه الدار، ثم اشتريت بقيتها، وقال الشفيع: لا بل اشتريت الكل ـ فللشفيع الشفعة فيما أقر أنه اشترى، ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة؛ لأنه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار، ووجد شرطه وهو الشراء بإقراره، فهو بدعوى الهبة يريد[2] بطلان حق الشفيع فلا يصدق، وللشفيع الشفعة فيما أقر بشرائه، ولا شفعة له في الموهوب، لأنه لم يوجد من المشتري الإقرار بشرط الاستحقاق على الموهوب، وأيهما أقام البينة، قبلت بينته؛ وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ؛ لأنها تثبت زيادة الهبة، وينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع عند محمد ـ رحمه الله ـ؛ لأنها تثبت زيادة الاستحقاق.

وروي عن محمد فيمن اشترى داراً وطَلَب الشفيع الشفعة، فقال المشتري: اشتريت نصفاً ثم نصفاً فلك النِّصف الأول، وقال الشفيع: لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل ـ فالقول قول الشفيع؛ لأن سبب ثبوت الحق في الكل كان موجوداً، وقد أقر بشرط الثبوت وهو الشراء، ولكنه يدعي أمراً زائداً وهو تفريق الصفقة، فلا يقبل ذلك منه إلا ببينة، فإن قال المشتري: اشتريت ربعاً ثم ثلاثة أرباع فلك الربع، فقال الشفيع: لا بل اشتريت ثلاثة أرباع ثم ربعاً ـ فالقول قول الشفيع؛ لأن السبب كان موجوداً، وقد أقر المشتري بشراء ثلاثة أرباع، إلا أنه يدعي أمراً زائداً وهو سبق الشراء في الرُّبع، فلا يثبت إلا ببينة؛ فإن قال المشتري: اشتريت صفقة واحدة، وقال الشَّفيع: اشتريت نصفاً ثم نصفاً. فأنا آخذ النصف ـ فالقول قول المشتري يأخذ الشفيع الكل أو يدع؛ لأن الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه ضرر الشركة، فلا يقبل قوله إلا ببينة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الذي يرجع إلى صفة البيع، فهو أن يختلفا في البتات[3] والخيار، أو في الصحة

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: يدعي.
(٣) البتات: القطع. المعجم الوسيط (بتت).

والفساد؛ بأن اشترى داراً بألف درهم وتقابضا، فأراد الشفيع أخذها بالشفعة، فقال البائع والمشتري: البيع كان بخيار البائع ولم يمض، فلا شفعة لك، وأنكر الشفيع الخيار ـ فالقول قول البائع والمشتري، وعلى الشفيع البينة إن كان البيع باتاً عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ، وروي عن أبي يوسف رواية أخرى: أن القول قول الشَّفيع.

وجه هذه الرواية: أن الظاهر شاهد للشفيع، لأن البتات أصل في البيع، والخيار فيه عارض، فكان القول قول من يشهد له الأصل ويتمسك به[1].

وجه ظاهر الرواية: أن الشفيع يدعي ثبوت حق الشفعة، وهما ينكران ذلك بقولهما: كان فيه خيار؛ لأن حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار، فكان القول قول المنكر؛ ولأن البيع يقوم بالعاقدين، فكانا أعرف بصفقته من الشفيع، والرجوع في كل باب إلى من هو أعرف به؛ ولهذا لو تصادقا على أن الثمن كان دنانير، والشفيع يدعي أنه كان دراهم ـ كان القول قولهما. كذا هذا.

ولو كان البائع غائباً والدار في يد المشتري، فأراد الشفيع أن يأخذ منه، فقال المشتري: كان للبائع فيه خيار وكذبه الشفيع ـ فالقول قول المشتري أيضاً؛ لما ذكرنا من المعنيين.

وإن اختلف العاقدان فيما بينهما، فادعى البائع الخيار، وقال المشتري: لم يكن فيه خيار ـ كان القول قول المشتري، ويأخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة. وروي عن أبي يوسف: أن القول قول البائع.

وجه هذه الرواية: أن البائع بدعوى الخيار منكر للبيع حقيقة؛ لأن البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم، وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، والمشتري والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه، فكان القول قول البائع؛ كما لو وقع الاختلاف بينهم في أصل العقد.

وجه ظاهر الرواية: أن الخيار لا يثبت إلا باشتراطهما، فالبائع بدعوى الخيار يدعي الاشتراط على المشتري وهو ينكر، فكان القول قوله؛ كما لو ادعى المشتري الشراء بثمن مؤجل / ، وادعي البائع التعجيل ـ فالقول قول البائع، لما أن التأجيل لا يثبت إلا بشرط يوجد من البائع وهو منكر للشرط، فكان القول قوله؛ كذا هذا، بخلاف ما لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعيه ـ أن القول قول البائع؛ لأنه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشتري فعلاً، فكان القول قوله. ٣/ ١٨٥ ب

(١) في ط: بالأصل.

ولو أراد الشَّفيع أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة، فقال البائع والمشتري: كان البيع فاسداً فلا شفعة لك، وقال الشفيع: كان جائزاً ولي الشفعة ـ فهو على اختلافهم في شرط الخيار للبائع في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: القول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع.

وفي رواية عن أبي يوسف: القول قول الشفيع وله الشُّفعة؛ فأبو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم في الصّحة والفساد باختلاف المتعاقدين فيما بينهما؛ ولو اختلفا فيما بينهما في الصِّحة والفساد، كان القول قول من يدعي الصِّحة؛ كذا هذا، والجامع أن الصِّحة أصل في العقد والفساد عارض، وهما يعتبران اختلافهم في هذا باختلافهم في البتات والخيار للبائع، والجامع أن الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعي عليهما حق التمليك، وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك، فكان القول قولهما؛ وكذا هما أعرف بصفة العقد الواقع منهما؛ لقيامه بهما، فكان القول في ذلك قولهما، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل [في حكم الحيلة في الشفعة]

وأما بيان الحيلة في إسقاط الشفعة، فقد ذكروا[1] لإسقاط الشفعة حيلاً بعضها يعم الشفعاء كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض: أما الذي يعم كل الشفعاء فنحو أن يشتري الدَّار بأكثر من قيمتها؛ بأن كانت قيمتها ألفاً فيشتريها بألفين وينقد من الثمن ألفاً إلا عشرة، ثم يبيع المشتري من البائع عرضاً قيمته عشرة بألف درهم وعشرة، فتحصل الدار للمشتري بألف لا يأخذها الشَّفيع إلا بألفين، وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشُّفعة شرعاً، لكنها مانعة من الأخذ بالشفعة عادة، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بألفين ويلتزم الضَّرر.

وأما الذي يختص بعض الشفعاء دون بعض فأنواع، منها: أن يبيع داراً إلا ذراعاً منها في طول الحدّ الذي يلي دار الشَّفيع، فالشفيع لا يستحق الشُّفعة، أما في قدر الذِّراع؛ فلانعدام الشرط وهو البيع، وأما فيما وراء[2] ذلك؛ فلانعدام السبب وهو الجوار.

ومنها: أن يهب البائع الحائط الذي بينه وبين الجار مع أصله للمشتري مقسوماً ويسلمه إليه، أو يهب له من الأرض قدر ذراع من الجانب الذي يلي دار الشفيع ويسلمه إليه، ثم يبيع منه البقية بالثمن ـ فلا شفعة للجار لا في الموهوب ولا في المبيع: أما في الموهوب؛ فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع، وأما في المبيع؛ فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار.

ومنها: أن يبيع الدار نصفين؛ فيبيع الحائط بأصله أَوّلاً بثمن كثير، ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل ـ فلا شفعة للشفيع شرعاً فيما وراء الحائط؛ لانعدام السبب وهو الجوار، ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن.

(١) في أ: ذكرنا. (٢) في أ: دون.

ومنها: أن يبيع الدار والأرض في صفقتين، فيبيع من الدار بناها ومن الأرض أشجارها أَوَّلاً بثمن قليلٍ، ثم يبيع الأرض بثمن كثير - فلا شفعة للشفيع في البناء والشجر شرعاً؛ لانفرادهما بالصفقة؛ ولا يأخذ الأرض بذلك الثمن عادة؛ ليضمن تكثير الثمن.

ومنها: أن يبيع الدار نصفين، فيبيع عشراً منها بثمن كثير، ثم يبيع البقية بثمن قليل - فلا يأخذ الشفيع العشر بثمنه عادة؛ لما فيه من الضرر، ولا شفعة له في تسعة أعشارها شرعاً؛ لأنه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالعشر، والشريك في البقعة مقدم على الجار والخليط، وهذا النوع من الحيلة لا يصْلُح للشريك؛ لأن الشفيع إذا كان شريكاً له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضاً؛ ولو كانت الدار لصغير، فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن؛ لأنه لا يجوز؛ إذ هو بيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس في مثله / عادة، والولي لا يملك ذلك، فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بثمن مثله. ٣/١٨٦ أ

ومنها ما ذكره الخصاف - رحمه الله -: أن يقر البائع بسهم من الدار للمشتري، ثم يبيع بقية الدار منه، فلا يستحق الشفيع الشفعة: أما في القدر المقر به؛ فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع، وأما فيما وراء ذلك؛ فلأن المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم، والشريك في البقعة مقدَّم على الجار والخليط.

ومن مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشُّفعة في هذه الصورة ويخطىء الخصاف؛ لأن الشركة في السهم المقر به لم تثبته إلا بإقراره، فلا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم، والله عز وجل أعلم[١].

---

(١) ومذهب الشافعية في الحيلة: أن يظهروا في البيع شيئاً يمنع من الأخذ بالشفعة، ويتواطنون على خلافه في الباطن، وهي مكروهة؛ لما فيها من إبقاء الضرر. وقيد بعضهم الكراهة بما قبل البيع، أما بعده فحرام، كأن اشترى بصبرة من الدراهم، ثم أتلف بعضها على الإبهام، حتى لا يتوصل إلى معرفة قدر الثمن، لكن إطلاق الشيخين الكراهة يقتضي عدم الفرق، والحيلة مثل أن يبيعه بمجهول مشاهد، ويقبضه ويخلطه بغيره بلا وزن في الموزون، ولا كيل في المكيل، أو ينفعه، أو يضيع منه، ويمكن رفع هذه الحيلة، بأن يطلب الشفيع الأخذ بقدر يعلم أن الثمن لا يزيد عليه قدراً في المثلى، وقيمة في المتقوم، ويحلف المشتري إن لم يعترف بأنه لا يزيد على ذلك، فإن نكل حلف واستحق الأخذ به، ولا تندفع الحرمة عن المشتري بما ذكر؛ لاحتمال أن ما عينه الشفيع وحلف عليه بعد نكول المشتري أزيد مما أخذ به، فيعود الضرر عليه.

أو يبيعه الشقص بأكثر من ثمنه بكثير، ثم يأخذ به عوضاً يساوي ما تراضيا عليه عوضاً عن الثمن، أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار، أو أن يبيع من الشقص جزءاً بقيمة الكل، ثم يهبه الباقي، أو أن يهب له الشقص بلا ثواب، ثم يهب له الآخر قدر قيمته، ثم إن خشي عدم الوفاء بالهبة وكلاً أمينين ليقبضاهما منهما معاً، بأن يهبه الشقص ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه، ويهبه الآخر قدر قيمته، ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه، ثم يتقابضا في حالة واحدة. ينظر: الشفعة لشيخنا أبو العنين محمد.

فصل في كراهية الحيلة

وأما الكلام في كراهة الحلية للإسقاط وعدمها: فالحيلة إما إن كانت بعد وجوب الشفعة، وإما إن كانت قبل الوجوب؛ فإن كانت بعد الوجوب، قيل: إنها مكروهة بلا خلاف؛ وذلك بأن يقول المشتري. للشفيع: صالحتك على كذا كذا درهماً، على أن تسلم لي شفعتك، فيقبل ـ فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح، أو يقول له: اشتر الدار مني بكذا، فيقول: اشتريت ـ فتبطل شفعته ونحو ذلك، وإن كانت قبل الوجوب، فقد اختلف فيه: قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا تكره وقال محمد ـ رحمه الله ـ: تكره.

وجه قول محمد: أن شرع الحيلة يؤدي إلى سدّ باب الشفعة، وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً.

وجه قول أبي يوسف: أن الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعاً؛ وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات، فإن المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهو الشراء؛ وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات.

وقد خرج الجوابُ عن قول محمدٍ (رحمه الله) أن هذا إبطال لحق الشفعة؛ لأن إبطال الشيء بعد ثبوته ضرر[1]. والحق ههنا لم يثبت بعد ذلك، فلا تكون الحيلة إبطالاً له، بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وأنه جائزٌ، فما ذكره أبو يوسف (رحمه الله) هو الحكم المروي[2]، وما ذكره محمد (رحمه الله) احتياطاً، والأصل في شرع الحيلة قوله: (سبحانه وتعالى) في قصة سيدنا أيوب (عليه الصلاة والسلام) ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِبْ بِهِ وَلاَ تَحْنَثْ﴾ [ص:٤٤] والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

---

(١) في أ: يكون.

(٢) في ط: والحكم المر، ولعل الصواب ما أثبتناه.

كِتَابُ الذَّبَائِحَ والصُّيُودِ[1]

نحتاج في هذا الكتاب إلى بيان المأكول وغير المأكول من الحيوانات، وإلى بيان المكروه منها، وإلى بيان شرائط حل الأكل في المأكول، وإلى بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول.

أما الأول: فالحيوان في الأصل نوعان: نوعٌ يعيش في البحر، ونوع يعيش في البر؛ أما الذي يعيش في البحر فجميعُ ما في البحر من الحيوان محرم الأكل إلاَّ السمك خاصَّةً، فإنه يحل أكله إلاَّ ما طفا منه، وهذا قولُ أصحابنا (رضي الله تعالى عنهم).

وقال بعض الفقهاء وابن أبي ليلى (رحمهم الله) أنه يحل أكلُ ما سوى السمك من الضفدع[2] ....

---

(١) صاد الرجل الطَّيْر وغيره يصيده صَيْداً، والرجل صَائِدٌ وصَيَّاد، وسمي ما يصاد صيداً، وإما فعل بمعنى مفعول، وإما تسمية بالمصدر، واصطاده مثل صاده.
الصَّيْدُ في اصْطِلاَحِ الفُقَهَاءِ:
أخذ مباح أكله غيرِ مقدور عليه من وَحْش، أو طير، أو حيوان بر أو بحر بقصد.
وقد ثبت جواز الصيد، وحل ما صيد بالكتاب والسُّنة، والإجماع فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَسْئَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهم قل أُحل لكم الطَّيِّبات وَمَا علمتم من الجَوَارِحِ مُكَلِّبِين تُعَلِّمُونهن مما عَلَّمَكُمُ اللَّه فَكُلُوا مما أَمْسَكنَ عليكم واذْكُرُوا الله عَلَيْهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إن اللَّهَ سَرِيعُ الحِسَابِ﴾ [المائدة: ٤] وقوله تعالى: ﴿وإذا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢].
والأمر في الآية يَدُلُّ على إباحة الصيد.
وأما السُّنة: فكثيرة منها ما رَوَاهُ البخاري ومسلم أن أبا ثعلبة الخشني قال: أتيت النبيﷺ، فقلت: يا رسول الله: إنا بأرض قَوْم من أهل الكتاب، أفنأكل في آنيتهم؟ وبأرض صيد أصيد بقَوْسِي، وبكَلْبِي المعلَّم، وبكلبي الذي ليس بمُعَلَّم، فأخبرني ما الذي يحل لنا من ذلك؟ قال ﷺ: أما ما ذكرت أنكم بأرض قَوْم من أهل الكتاب تأكلون في آنيتهم فإن وجدتم غير آنيتهم فلا تأكلوا فيها، وإن لم تجدوا فاغسلوها ثم كُلُوا فيهَا، وأما الذي ذكرت أنك بأرض صَيْدٍ، فما أصبت بِقَوْسِكَ، فاذكر اسم الله ثم كل، وما أصبت بكَلْبِكَ المُعَلَّم، فاذكر اسم الله وكل، وما أصبت بكلبك الذي ليس بمُعَلَّم: فأدركت ذَكَاتَهُ فكل».
وأما الإجماع: فقد أجمع المُسْلِمُون على حل أكل الصيد.

(٢) بكسر الضاد وسكون الفاء والعين المهملة بينهما دال مهملة مثال الخنصر واحد الضفادع والأنثى ضفدعة وناس يقولون ضفدع بفتح الدال. قال الخليل: ليس في الكلام فعلل إلا أربعة أحرف درهم وهجرع وهو الطويل وهبلع وهو الأكول وبلعم وهو اسم وقال ابن الصلاح الأشهر فيه من حيث اللغة كسر الدال وفتحها أشهر في =

....

= السنة العامة وأشباه العامة من الخاصة وقد أنكره بعد أئمة اللغة وقال البطليوسي في شرح أدب الكاتب وحكى أيضاً ضفدع بضم الضاد وفتح الدال وهو نادر وحكاه المطّرزيّ أيضاً قال في الكفاية وذكر الضفادع يقال له العلجوم بضم العين والجيم وإسكان اللام والواو آخره ميم ويقال للضفدع أبو المسيح وأبو هبيرة وأبو معبد وأم هبيرة والضفادع أنواع كثيرة وتكون من سفاد وغير سفاد وتتولد من المياه القائمة الضعيفة الجري ومن العفونات وعقب الأمطار الغزيرة حتى يظن أنه يقع من السحاب لكثرة ما يرى منه على الأسطحة عقب المطر والريح وليس ذلك عن ذكر وأنثى وإنما الله تعالى يخلقه في تلك الساعة من طباع تلك التربة وهي من الحيوانات التي لا عظام لها ومنها ما ينق وما لا ينق والذي ينق منها يخرج صوته من قرب اذنه وتوصف بحدّة السمع إذا تركت النقيق وكانت خارج الماء وإذا أرادت أن تنق أدخلت فكها الأسفل في الماء ومتى دخل الماء في فيها لا تنق.
الصحيح عند الشافعية حل جميع ميتات البحر إلا الضفدع. وحكاه العبدري عن أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وابن عباس رضي الله عنهم. وبه قال أحمد بن حنبل.
وقال الإمام مالك: يحل الجميع، سواد الضفدع وغيره.
وقال الإمام أبو حنيفة: لا يحل غير السمك، وهو وجه عند الشافعية، وعند الشافعية وجه ثالث. وهو: ما حرم نظيره في البر فهو حرام في البحر: ككلب الماء وخنزيره وإنسانه، وهو قول الليث، إلا في كلب الماء فإنه يرى: إباحة كلب البر والبحر.
استدل الشافعية ومن وافقهم بالكتاب والسنة والآثار.
أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾ والصيد يقع على السمك وغيره مما في البحر من حيوان، فيقتضي أن يكون الكل حلالاً.
أما السنة: فمنها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: حين سئل عن البحر «هو الطهور ماؤه الحل ميتته» فلم يفصل بين السمك وغيره.
ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: «أحلت لنا ميتتان ودمان» الحديث.
والصحيح أن اسم السمك يقع على جميع ما في البحر.
وروي عن سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: في كل ما في البحر «قد ذكاه الله لكم».
وعن أبي شريح قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله ذبح ما في البحر لبني آدم» رواه الدارقطني، وذكره البخاري عن أبي شريح موقوفاً.
أما الضفدع فإن النبي ﷺ قد صح عنه «أنه نهى عن قتله» فيدل ذلك على تحريمه.
أما الإمام مالك فقد استدل بعموم الآية السابقة. ولعله لم يصح عنده حديث النهي عن قتل الضفدع.
واستدل الحنفية بالكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ فلم يفصل بين حيوان بري أو بحري في حرمة ميتته. وقوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾.
والضفدع والسرطان وكلب الماء وخنزيره من الخبائث. أما السنة فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كل ذي ناب من السباع حرام».
وهو خبر مشهور، وهو بعمومه يشمل كل ذي ناب من سباع البر والبحر.
ولا يخفى أن هذا استدلال بالعمومات من الكتاب والسنة قد ورد في الكتاب والسنة ما يخصصهما بغير حيوانات البحر إلا ما ورد النهي عن شيء فيه بخصوصه. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة، وينظر حياة الحيوان (٢/ ١٠٢). =

والسرطان[١]، وحية الماء[٢]، وكلبه، وخنزير، ونحو ذلك، لكن بالذكاة، وهو قولُ الليث بن سعد (رحمه الله) إلا في إِنسان الماء وخنزيره أنه لا يحل.

(١) (السرطان) بفتح السين والراء المهملتين وبالنون في آخره حيوان معروف ويسمى عقرب الماء وكنيته أبو بحر وهو من خلق الماء ويعيش في البرّ أيضاً وهو جيد المشي سريع العدو ذو فكين ومخاليب وأظفار حداد كثير الأسنان صلب الظهر من رآه رأى حيواناً بلا رأس ولا ذنب عيناه في كتفيه وفمه في صدره وفكاه مشقوقان من الجانبين وله ثماني أرجل وهو يمشي على جانب واحد ويستنشق الماء والهواء معاً ويسلخ جلده في السنة ست مرّات ويتخذ لحجره بابين أحدهما شارع في الماء والآخر إلى اليبس فإذا سلخ جلده سدّ عليه ما يلي الماء خوفاً على نفسه من سباع السمك وترك ما يلي اليبس مفتوحاً ليصل إليه الريح فتجف رطوبته ويشتد فإذا اشتد فتح ما يلي الماء وطلب معاشه وقال ارسطاطاليس في النعوت وزعموا أنه إذا وجد سرطان ميت في حفرة مستلقياً على ظهره في قرية أو أرض تأمن تلك البقعة من الآفات السماوية وإذا علق على الأشجار يكثر ثمرها وفي وصفه قال الشاعر:

في سرطان البحر أعجوبة ظاهرة للخلق لا تخفى
مستضعف المشية لكنه ابطش من جاراته كفا
يسفر للناظر عن جملة متى مشى قدّرها نصفا

ويقال ان ببحر الصين سرطانات متى خرجت إلى البرّ استحجرت والأطباء يتخذون منها كحلاً يجلو البياض والسرطان لا يتخلق بتوالد ولا نتاج إنما يتخلق في الصدف ثم يخرج منه ويتولد وفي الحلية عن أبي الخير الديلميّ أنه قال: كنت عند خير النساج فجاءته امرأة وطلبت أن ينسج لها منديلاً وقالت له: كم الأجرة فقال لها: درهمان فقالت: ما معي الساعة شيء وغداً آتيك بهما إن شاء الله تعالى فقال لها: إذا أتيتني ولم تريني فارمي بهما في الدجلة فإني إذا رجعت أخذتهما منها إن شاء الله تعالى فقالت: حباً وكرامة قال أبو الخير فجاءت المرأة من الغد وخير غائب فقعدت ساعة تنتظره ثم قامت وألقت خرقة في الدجلة فيها الدرهمان فإذا سرطان قد تعلق بالخرقة وغاص في الماء ثم جاء خير بعد ساعة ففتح باب حانوته وجلس على الشط يتوضأ وإذا بسرطان خرج من الماء يسعى نحوه والخرقة على ظهره فلما قرب من الشيخ أخذها وذهب السرطان إلى حال سبيله فقلت له: رأيت كذا وكذا فقال: احبّ أن لا تبوح بهذا في حياتي فأجبته إلى ذلك (الحكم) يحرم أكله لاستخباثه كالصدف قال الرافعيّ ولما فيه من الضرر وفي قول أنه يحل أكله وهو مذهب مالك رحمه الله تعالى عليه. (الخواص) أكل السرطان ينفع وجع الظهر ويصلبه قال في النعوت من علق عليه رأس سرطان لم ينم إذا كان القمر محترقاً فإن كان غير محترق نام وإن أحرق السرطان وحشي به البواسير كيف كانت أبرأها وإن علقت رجله على شجرة مثمرة سط ثمرها من غير علة ولحمه نافع للمسلولين جدّاً وإذا وضع السرطان على الجراحات اخرج النصل وينفع من لسع الحيات والعقاب. ينظر: حياة الحيوان (٢/٤٣، ٤٤).

(٢) (الحية) اسم يطلق على الذكر والأنثى فإن أردت التمييز قلت هذا حية ذكر وهذه حية أنثى قاله المبرد في الكامل وإنما دخلته الهاء لأنه واحد من جنس كبطة ودجاجة على أنه قد روي عن بعض العرب رأيت حياً على حية أي ذكراً على أنثى وفلان حية ذكر والنسبة إلى الحية حيوي والحيوت ذكر الحيات أنشد الأصمعي:

ويأكل الحية والحيوتا ويخنق العجوز أو تموتا

وذكر ابن خالويه لها مائتي اسم. ينظر حياة الحيوان ١/٢٤٩.

وقال الشافعي (رحمه الله): يحل جميع ذلك من غير ذكاةٍ، وأخذه ذكاته، ويحل أكل السمك الطافي[١].

---

(١) اتفق الفقهاء على حل أكل ميتة السمك، إن مات بسبب أكان صاده إنسان، أو نبذه بحر، أو جزر عنه، وكذلك ما حبس في الماء بحظيرة حتى يموت.
واختلفوا بعد ذلك فيما يموت في الماء منه حتف أنفه، ويسمى: الطافي.
فذهب السادة الشافعية إلى القول بحل أكله. وبه قال «مالك»، و«أحمد»، و«أبو داود»
وحكاه «الخطابي» عن «أبي بكر الصديق»، و«أبي أيوب الأنصاري» و«عطاء بن أبي رباح»، و«مكحول»، و«النخعي»، و«أبي ثور» رضي الله عنهم.
وقال «أبو حنيفة» رحمه الله: لا يؤكل. وبه قال «ابن عياض»، و«جابر بن عبد الله»، و«جابر بن زيد» و«طاوس».
واستدل السادة الحنفية: بما روي عن «جابر بن عبد الله» رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «مَا أَلْقَاهُ الْبَحْرُ أَوْ جَزَرَ عَنْهُ فَكُلُوهُ، وَمَا مَاتَ فِيهِ فَطَفَا فَلاَ تَأْكُلُوهُ» رواه أبو داود.
واستدلوا أيضاً: بما روي عن سيدنا علي كرم الله وجهه أنه قال: «لا تبيعوا في أسواقنا الطافي».
واحتج الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ قال ابن عباس طعامه: ما مات فيه.
أما السنة، فمنها قوله ﷺ في صفة البحر: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ، الْحِلُّ مَيْتَتُهُ».
وأولى ما يتناوله اسم الميتة: هو الطافي؛ لأنه الميت حقيقة ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ» الحديث.
ووجه الاستدلال أن الرسول صلوات الله عليه: فسر الميتة، بالسمك، بلا فرق بين الطافي وغيره.
ومنها حديث «جابر» رضي الله عنه: في الحوت الذي يقال له: «العنبر» وهو من أثبت الأحاديث، وقد اخرجه الصحيحان وفيه: «فَلَمَّا قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ، أَتَيْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَذَكَرْنَا لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ: «هُوَ رِزْقٌ أَخْرَجَهُ اللَّهُ لَكُمْ، فَهَلْ مَعَكُمْ مِنْ لَحْمِهِ شَيْءٌ فَتُطْعِمُونَا؟ فَأَرْسَلْنَا إِلَيْهِ مِنْهُ: فَأَكَلَهُ» لفظ «مسلم».
ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ: أكل منه، ولم يسأل: أكان طافياً أم لا، وهو بالمدينة.
ورويت آثار عن الصحابة كثيرة في حل أكله:
منها: ما روي عن ابن عباس قال: «أشهد على أبي بكرة رضي الله عنه أنه قال: السمكة الطافية فيه حلال لمن أراد، أكلها» رواه البيهقي بإسناد صحيح.
وروى البيهقي بإسناده عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما: أنهما قالا: الجراد والسنون ذكيٌ كله». وعن ابن عباس قال: «لا بأس بالسّمك الطافي». وغير هذا كثير.
أما الجواب عن حديث جابر فهو: أنه حديث ضعيف، باتفاق الحفاظ لا يجوز الاحتجاج به، لو لم يعارضه شيء، فكيف وهو معارض بما ذكرناه، من دلائل الكتاب والسنة وأقاويل الصحابة رضي الله عنهم المنتشرة؟!
وقال الترمذي: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: ليس هو بمحفوظ. قال: ويروى عن «جابر» خلافه.
وقال البيهقي: «وقول الجماعة من الصحابة على خلاف قول جابر» على أنه إن صح حديث «جابر»، =

أما الكلام في المسألة الأولى فهم احتجوا بظاهر قوله (تبارك وتعالى): ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦] واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر، فيقتضي أن يكون الكل حلالاً، وبقول النبي (عليه الصلاة والسلام) حين سُئل عن البحر فقال: «هُوَ الطَّهُورُ مَاوهُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ» وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره.

ولنا قولُه (تبارك وتعالى) ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ [المائدة:٣] من غير فصل بين البري والبحري، وقوله (عزَّ شأنه): ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث.

وروي عن رسول الله ﷺ سُئل عن ضفدع يجعل شحمه في الدواء، فنهى (عليه الصلاة والسلام) عن قتل الضفادع[١]؛ وذلك نهى عن أكله، وروي أنه لما سئل عنه فقال (عليه الصلاة والسلام): «خَبِيثَةٌ مِنَ الْخَبَائِثِ» ولا حجة لهم في الآية؛ لأَنَّ المرادَ من الصيد المذكور هو فعل الصيد وهو الاصطياد؛ لأنه هو الصيد حقيقة لا المصيد؛ لأنه مفعول فعل الصيد، وإطلاق اسم الفعل [على المفعول][٢] يكون مجازاً، ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل، ولأن الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة، إما لطيرانه أو لِعَدْوِهِ، وهذا إنما يكون حالة الاصطياد لا بعد الأخذ؛ لأنه صار لحماً بعده، ولم يبق صيداً حقيقة؛ لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع.

والدليلُ عليه أنه عطف عليه قوله (عزَّ شأنه): ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾ [المائدة:٩٦] والمراد منه الاصطياد من / المحرم لا أكل الصيد، لأن ذلك مباح للمحرم إذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بأمره، فثبت أنه لا دليل في الآية على إباحة الأكل، بل خرجت للفصل بين الاصطياد في البحر وبين الاصطياد في البر للمحرم، والمراد من قول النبيِّ (عليه الصلاة ١/٢٧٦أ

= نحمله على الكراهة؛ لأنه إذا مات رسب في أسفله، فإذا أنْتَنَ طَفَا، فكرهه لنتنه، لا لتحريمه.

أما ما روي عن علي رضي الله عنه في كراهة الطافي فقد صح عنه أنه أكله، وهو أصح. ذكره «عبد الرزاق» عن الثوري عن «جعفر بن محمد» عن «علي» أنه قال: الجراد والحيتان: ذكيٌ كله. أما المعقول: فلأنه حيوان لو مات في البر أبيح، فإذا مات في البحر أبيح أيضاً.

إلى هنا يظهر رجحان قول الجمهور، وإباحة السمك مطلقاً. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

(١) أخرجه أحمد (٣/٤٥٣) وأبو داود (٤/٣٦٨) كتاب الأدب: باب في قتل الضفدع حديث (٥٢٦٩) والنسائي (٧/٢١٠) كتاب الصيد والذبائح باب الضفدع حديث (٣٢٥٥) والحاكم (٤/٤١٠ ـ ٤١١) والبيهقي (٩/٢٥٨) من حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمي قال: ذكر طبيب عند رسول الله ﷺ دواء وذكر الضفدع يجعل فيه فنهى عن قتل الضفدع.

(٢) سقط من ط.

والسلام: «وَالحِلُّ مَيْتَتُهُ» السمك خاصّةً، بدليل قوله ﷺ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ الْمَيْتَتَانِ: السَّمَكُ وَالْجَرَادُ، والدَّمَانِ: «الكَبِدُ والطِّحَالُ» فسر (عليه الصلاة والسلام) [الميتة][١] بالسمك والجراد؛ فدل أن المراد منها السمك، ويحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية، ورويناه من الخبر.

وأما المسألة الثانية وهي مسألة [السمك][٢] الطافي، فالشافعي (رحمه الله) احتج بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ﴾ [المائدة:٩٦] معطوفاً على قوله: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦] أي: أحل لكم [صيد البحر وأحل لكم][٣] طعامه، وهذا يتناول ما صيد منه وما لم يصد، والطافي لم يصد، فيتناوله بقوله (عليه الصلاة والسلام) في صفة البحر: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ»، وأحق ما يتناوله اسم الميتة ـ الطافي؛ لأنه الميت حقيقة؛ وبقوله (عليه الصلاة والسلام): «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ؛ الْمَيْتَتَانِ: السَّمَكُ وَالْجَرَادُ [والدمان الكبد والطحال][٤]» فسر النبيُّ (عليه الصلاة والسلام) الميتة بالسمك من غير فصلٍ بين الطافي وغيره.

ولنا ما روي عن جابر بن عبد الله الأنصاري (رضي الله عنه) عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن أكلِ الطافي[٥].

وعن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه قال: «لاَ تَبِيعُوا فِي أسواقنا الطافي».

وعن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال: «ما دسره البحرُ فَكُلْهُ، وما وجدته يطفو على الماء، فلا تأكله[٦]».

وأما الآية فلا حجة له فيها؛ لأن المراد من قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُهُ﴾ [المائدة:٩٦] ما قذفه البحر إلى الشط فمات؛ كذا قال أهلُ التأويل، وذلك حلال عندنا؛ لأنه ليس بطاف؛ إنما الطافي اسم لما مات في الماء من غير آفة وسبب حادث، وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر، فلا يكون طافياً.

والمراد من الحديثين غير الطافي لما ذكرنا، ثم السمك الطافي الذي لا يحل أكله عندنا هو الذي يموت في الماء حَتْفَ أَنْفِهِ؛ بغيرِ سببٍ حادث منه، سواء علا على وجه الماء أو لم يَعْلُ بعد أن مات في الماء حَتْفَ أنفه من غير سببٍ حادث.

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ط.
(٥) تقدم تخريجه في كتاب الطهارة وورد موقوفاً عن جابر عند ابن أبي شيبة (٤/٢٤٨) كتاب الصيد: باب في الطافي بلفظ: ما مات فيه وطفا فلا تأكل.
(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/٢٤٨) كتاب الصيد: باب في الطافي حديث (١٩٧٤٩).

وقال بعضُ مشايخنا: هو الذي يموت في الماء بسبب حادث ويعلو على وجه الماء، فإن لم يعلو يحل، والصحيحُ هو الحد الأول، وتسميته طافياً لعلوِّه على وجه الماء عادةً.

وروى هشام عن محمد (رحمهما الله) في السمك إذا كان بعضها في الماء وبعضها على الأرض إن كان رأسها على الأرض أكلت، وَإِن كان رأسها أو أكثره في الماء لم تؤكل؛ لأن رأسها موضع نفسها، فإذا كان خارجاً من الماء؛ فالظاهر أنه مات بسبب حادث، وَإِذا كان في الماء أو أكثره فالظاهرُ أنه مات في الماء بغير سبب، وقالوا في سمكة ابتلعت سمكة أخرى أنها تؤكل؛ لأنها ماتت بسبب حادث، ولو مات من الحر والبرد وكدر الماء ففيه روايتان:

في رواية: لا يؤكل؛ لأن الحر والبرد وكدر الماء ليس من أسباب الموت ظاهراً، فلم يوجد الموت بسبب حادثٍ يُوجِبُ الموت ظاهراً، وغالباً فلا يؤكل.

وفي رواية: يُؤْكَلُ؛ لأَن هذه أسباب الموت في الجملة، فقد وجد الموت بسبب حادث فلم يكن طافياً فيؤكل، ويستوي في حلِّ الأَكل جميع أنواع السمك من الجريث، والمارماهي؛ وغيرهما؛ لأَن ما ذكرنا من الدلائل في إِباحة السمك لا يفصل بين سمك وسمك إِلاَّ ما خص بدليل.

وقد روي عن سيدنا علي وابن عباس (رضي الله عنهما) إِباحة الجريث[١] والسمك الذكر، ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك، فيكون إِجماعاً.

وأما الذي يعيش في البر فأنواعٌ ثلاثة: ما ليس له دم أصلاً، وما ليس له دم سائلٌ، وما له دم سائل [فما لا دم له][٢] مثل: الجراد[٣]، ....

---

(١) (الجريث) بكسر الجيم وبالراء المهملة والثاء المثلثة وهو هذا السمك الذي يشبه الثعبان وجمعه جراثي ويقال له أيضاً الجري بالكسر والتشديد وهو نوع من السمك يشبه الحية ويسمى بالفارسية مارماهي وقد تقدم في باب الهمزة أنه الانكليس قال الجاحظ انه يأكل الجرذان وهو حية الماء (وحكمه) الحل قال البغوي عند قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾ انّ الجريث حلال بالاتفاق وهو قول أبي بكر وعمر وابن عباس وزيد بن ثابت وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم وبه قال شريح والحسن وعطاء وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي والمراد هذه الثعابين التي لا تعيش إلا في الماء وأما الحيات التي تعيش في البر والبحر فتلك من ذوات السموم وأكلها حرام وسئل ابن عباس عن الجري فقال هو شيء حرمته اليهود ونحن لا نحرمه. (الخواص) مرارته يسعط بها الفرس المجنون يذهب جنونه ولحمه يجوّد الصوت وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الصاد المهملة في لفظ الصيد ما ذكره البخاري في صحيحه في الجري. ينظر: حياة الحيوان (١/ ١٧٧).

(٢) سقط من ط.

(٣) (الجراد) معروف الواحدة جرادة الذكر والأنثى فيه سواء يقال هذا جرادة ذكر وهذه جرادة أنثى كنملة وحمامة قال أهل اللغة: وهو مشتق من الجرد قالوا: والاشتقاق في أسماء الأجناس قليل جداً يقال ثوب =

والزنبور[١]، والذباب، والعنكبوت، والغطاءة[٢] والخنفساء[٣]، ....

= جرد أي أملس وثوب جرد إذا ذهب زيبره وهو بري وبحري والكلام الآن في البري قال الله تعالى: ﴿يخرجون من الأجداث كأنهم جراد منتشر﴾ أي في كل مكان وقيل وجه التشبيه أنهم حيارى فزعون لا يهتدون ولا جهة لأحد منهم يقصدها والجراد لا جهة له فيكون أبداً بعضه على بعض وقد شبههم في آية أخرى بالفراش المبثوث وفيهم من كل هذا شبه وقيل إنهم أوّلا كالفراش حين يموج بعضهم في بعض ثم كالجراد إذا توجهوا نحو المحشر والداعي والجرادة تكنى بأم عوف قال أبو عطاء السندي:

وما صفراء تكنى أم عوف كأن رجيلتيها منجلان

والجراد أصناف مختلفة فبعضه كبير الجثة وبعضه صغيرها وبعضه أحمر وبعضه أصفر وبعضه أبيض. ينظر: حياة الحيوان (١/ ١٧٠).

(١) الدبر وهي تؤنث والزنابير لغة فيها وربما سميت النحلة زنبوراً والجمع الزنابير قال ابن خالويه في كتاب ليس أحد سمعته يذكر كنية الزنبور إلا أبا عمر والزاهد فإنه قال: كنيته أبو عليّ وهو صنفان جبلي وسهلي فالجبليّ يأوي الجبال ويعشش في الشجر ولونه إلى السواد وبدء خلقه دود ثم يصير كذلك ويتخذ بيوتاً من تراب كبيوت النحل ويجعل لبيته أربعة أبواب لمهاب الرياح الأربع وله حمة يلسع بها وغذاؤه من الثمار والأزهار ويتميز ذكورها من إناثها بكبر الجثة والسهليّ لونه أحمر ويتخذ عشه تحت الأرض ويخرج منه التراب كما يفعل النمل ويختفي في الشتاء لأنه متى ظهر فيه هلك فهو ينام من البرد طول الشتاء كالميتة ولا يدخر القوت للشتاء بخلاف النمل فإذا جاء الربيع وقد صارت الزنابير من البرد وعدم القوت كالخشب اليابس نفخ الله تعالى في تلك الجثث الحياة فتعيش مثل العام الأول وذلك دأبها ومن هذا النوع صنف مختلف اللون مستطيل الجسد في طبعه الحرص والشره يطلب المطابخ ويأكل ما فيها من اللحوم ويطير منفرداً ويسكن بطن الأرض والجدران. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ١٠، ١١).

(٢) بالظاء المعجمة المفتوحة والمدّ دويبة أكبر من الوزغة ويقال في الواحدة عظاية أيضاً والجمع عظاء وعظايا. وقال الأزهري هي دويبة ملساء تعدو وتتردّد كثيراً تشبه سام ابرص إلا أنها أحسن منه ولا تؤذي وتسمى شحمة الأرض وشحمة الرمل وهي أنواع كثيرة منها الأبيض والأحمر والأصفر والأخضر وكلها منقطة بالسواد وهذه الألوان بحسب مساكنها فإن منها ما يسكن الرمال ومنها ما يسكن قريباً من الماء والعشب ومنها ما يألف الناس وتبقى في حجرها أربعة أشهر لا تطعم شيئاً ومن طبعها محبة الشمس لتصاب فيها. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ١٤٦).

(٣) قال ابن سيده الخنفساء دويبة سوداء أصغر من الجعل منتنة الريح والأنثى خنفسة وخنفساء، وضم الفاء في كل ذلك لغة والخنفس اسم للكثير من الخنافس وقال الأصعمي لا يقال خنفساء بالهاء وكنيتها أم الفسو وأم الأسود وأم مخرج وأم اللجاج وأم النتن تتولد من عفونة الأرض وهي طويلة الظمء وبينها وبين العقرب صداقة ولهذا يسميها أهل المدينة الشريفة جارية العقرب وهي أنواع منها الجعل وحمار قبان وبنات وردان والحنطب وهو ذكر الخنافس والخنفساء مخصوصة بكثرة الفسو كالظربان ولذلك تقول العرب في أمثالها إذا تحركت الخنفساء فست قال حنين بن إسحاق: طريق طرد الخنافس أن يطرح في أماكنها الكرفس فإنها تهرب من ذلك المكان ويحرم أكلها لاستخبائها وقال الأصحاب ما لا يظهر فيه ضر ولا نفع كالخنافس والدود والجعلان والسرطان والبغاث والرخمة والعظاءة والسلحفاة والذباب وأشباهها يكره قتلها للمحرم وغيره هكذا قطع به الجمهور وحكى إمام الحرمين وجهاً شاذاً أنه لا يحرم قتل الطيور =

والبغاثة[١]، والعقرب[٢]؛ ونحوها لا يحل أكلُهُ إلاّ الجراد خاصَّةً؛ لأنها من الخبائث، لاستبعاد[٣] الطباع السليمة إياها، وقد قال الله (تبارك وتعالى): ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾

= والحشرات ودليل الكراهة أنه عبث بلا حاجة وقد ثبت في صحيح مسلم عن شداد بن أوس رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال: إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وليس من الإحسان قتلها عبثاً وروى البيهقي عن قطبة الصحابي رضي الله تعالى عنه أنه كان يكره أن يقتل الرجل ما لا يضره. ينظر حياة الحيوان (١/ ٢٧٩).

(١) (البغاث): بفتح الباء الموحدة وكسرها وضمها ثلاث لغات وبالغين المعجمة طائر أغبر دون الرخمة بطيء الطيران وهو من شرار الطير ومما لا يصيد منها وقال يونس من جعل البغاث واحداً فجمعه بغثان مثل غزال وغزلان ومن قال للذكر والأنثى بغاثة فالجمع بغاث مثل نعامة ونعام وبغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها قال الشيخ أبو إسحاق في المهذب في باب الحجر لا يسافر الولي بمال المحجور عليه لما روي أن المسافر وماله لعلي قلت أي هلاك ومنه قول العباس بن مرداس السلمي:

بغاث الطير أكثرها فراخا وأم الصقر مقلات نزور

وقوله مقلات بكسر الميم والمقلات من النساء التي لا يعيش لها ولد ومن النوق من تلد ولداً واحداً ولا تلد بعده وقيل المقلات التي تعمل وكرها في المهالك والنزور بفتح النون القليلة الأولاد والنزر القليل (الحكم) تحريم الأكل لخبثه. ينظر حياة الحيوان (١/ ١٢٦).

(٢) دويبة من الهوامّ تكون للذكر والأنثى بلفظ واحد واحدة العقارب وقد يقال للأنثى عقربة وعقرباء ممدود غير مصروف ويصغر على عقيرب كما تصغر زينب على زيينب والذكر عقربان بضم العين والراء وهو دابة له أرجل طوال وليس ذنبه كذنب العقارب قال الشاعر:

كأنّ مرعى أمكم إذ غدت عقربة يكومها عقربان

أي ينزو عليها ومكان معقرب بكسر الراء ذو عقارب وصدغ معقرب بفتح الراء أي معطوف وكنيتها أم عريط وأم ساهرة واسمها بالفارسية الرشك كما تقدم ومنها السود والخضر والصفر وهنّ وقواتل وأشدّها بلاء الخضر وهي مائية الطباع كثيرة الولد تشبه السمك والضبّ وعامّة هذا النوع إذا حملت الأنثى منه يكون حتفها في ولادتها لأن أولادها إذا استوى خلقها تأكل بطنها وتخرج فتموت الأم وأنشدوا قول الشاعر:

وحاملة لا يحمل الدهر حملها تموت وينمي حملها حين تعطب

والجاحظ لا يعجبه هذا القول ويقول قد أخبرني من أثق به أنه رأى العقرب تلد من فيها وتحمل أولادها على ظهرها وهي على قدر القمل كثيرة العدد قلت والذي ذهب إليه الجاحظ هو الصواب والعقرب أشدّ ما تكون إذا كانت حاملاً ولها ثمان أرجل وعيناها في ظهرها. ومن عجيب أمرها أنها لا تضرب الميت ولا النائم حتى يتحرّك بشيء من بدنه فإنها عند ذلك تضربه وهي تأوي إلى الخنافس وتسالمها وربما لسعت الأفعى فتموت وهي يلسع بعضها بعضاً فتموت.

يحرم أكل العقرب وبيعها وتقتل في الحلّ والحرم وإذا ماتت في مائع نجسته على المشهور وقيل لا تنجسه كالوزغة ونقل الخطابي عن يحيى بن أبي كثير أن العقرب إذا ماتت في الماء نجسته ثم قال وعامة أهل العلم على خلافه. ينظر حياة الحيوان (٢/ ١٦١ ـ ١٧١).

(٣) في أ: لاستقذار.

[الأعراف: ١٥٧] إلاَّ أَنَّ الجراد خص من هذه الجملة بقوله (عليه الصلاة والسلام): «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ»، فبقي على ظاهر العموم.

وكذلك ما ليس له دم سائل، مثل: الحية؛ الوزغ[١]، وسام أبرص، وجميع الحشرات وهوام الأرض من: الفأرِ، والقرادِ، والقِنافذِ[٢]، ....

(١) بفتح الواو والزاي والغين المعجمة دويبة معروفة وهي وسامّ أبرص جنس فسامّ أبرص كباره واتفقوا على أن الوزغ من الحشرات المؤذيات وجمع الوزغة وزغ وأوزاغ ووزغان وازغان على البدل حكاه ابن سيده. روى البخاري ومسلم والنسائيّ وابن ماجه عن أمّ شريك رضي الله تعالى عنها أنها استأمرت النبيّ ﷺ في قتل الوزغان فأمرها بذلك. وفي الصحيحين أن النبيّ ﷺ أمر بقتل الوزغ وسماه فويسقا وقال كان ينفخ النار على إبراهيم عليه الصلاة والسلام وكذلك رواه الإمام أحمد في مسنده، وفي الحديث الصحيح من رواية أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: إنّ النبيّ ﷺ قال: من قتل وزغة من أوّل ضربه فله كذا وكذا حسنة ومن قتلها في الضربة الثانية فله كذا وكذا حسنة دون الأولى ومن قتلها في الثالثة فله كذا وكذا حسنة دون الثانية، وفيه أيضاً أن من قتلها في الأولى فله مائة حسنة وفي الثانية دون ذلك وفي الثالثة دون ذلك. وروى الطبراني عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنّ النبيّ ﷺ قال: اقتلوا الوزغة ولو في جوف الكعبة لكن في إسناده عمر بن قيس المكيّ وهو ضعيف. وفي حديث عائشة رضي الله تعالى عنها لما أحرق بيت المقدس كانت الأوزاغ تنفخه. وفي سنن ابن ماجه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه كان في بيتها رمح موضوع فقيل لها ما تصنعين بهذا فقالت: أقتل به الوزغ فإن النبي ﷺ أخبرنا أن إبراهيم عليه الصلاة والسلام لما ألقي في النار لم يكن في الأرض دابة إلا أطفأت عنه النار غير الوزغ فإنه كان ينفخ عليه النار فأمر ﷺ بقتله وكذلك رواه الإمام أحمد في مسنده. وأمّا تسمية الوزغ فويسقا فنظيره الفواسق الخمس التي تقتل في الحلّ والحرم وأصل الفسق الخروج وهذه المذكورات خرجت عن خلق معظم الحشرات ونحوها بزيادة الضر والأذى. وأما تقييد الحسنات في الضربة الأولى بمائة وفي الثانية بسبعين كما في بعض الروايات فجوابه أنه كقوله في صلاة الجماعة بسبع وعشرين وخمس وعشرين وان مفهوم العدد لا يعمل به فذكر السبعين لا يمنع المائة فلا تعارض بينهما أو لعله ﷺ أخبر أوّلا بالسبعين ثم تصدّق الله تعالى بالزيادة علينا فأعلم به ﷺ حين أوحى الله إليه بعد ذلك أو أنه يختلف باختلاف قاتلي الوزغ بحسب نياتهم وإخلاصهم وكمال أحوالهم ونقصها فتكون المائة للأكل منهم والسبعون لغيره قال يحيى بن يعمر لأن أقتل مائة وزغة أحب إليّ من أن أعتق مائة رقبة وإنما قال ذلك لأنها دابة سوء زعموا أنها تسقى من الحيات وتمج في الإناء فينال الإنسان المكروه العظيم بسبب ذلك. وسبب كثرة الحسنات في المبادرة أن تكرر الضربات في القتل يدل على عدم الاهتمام بأمر صاحب الشرع إذ لو قوي عزمه واشتدت حميته لقتلها في المرّة الأولى لأنه حيوان لطيف لا يحتاج إلى كثرة مؤنة في الضرب فحيث لم يقتلها في المرّة الأولى دل ذلك على ضعف عزمه فلذلك نقص أجره من المائة إلى السبعين وعلل عز الدين بن عبد السلام كثرة الحسنات في الأولى بأنه إحسان في القتل فيدخل تحت قوله ﷺ: إذا قتلتم فأحسنوا القتلة أو أنه مبادرة إلى الخير فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿فاستبقوا الخيرات﴾ قال وعلى كلا المعنيين فالحية والعقرب أولى بذلك لعظم مفسدتهما. ينظر حياة الحيوان (٢/ ٤٦٩ ـ ٤٧٠).

(٢) (القنفذ) بالذال المعجمة وبضم الفاء وفتحها البرّي منه كنيته أبو سفيان وأبو الشوك والأنثى أم دلدل والجمع القنافذ ويقال لها العساعس لكثرة تردّدها بالليل ويقال للقنفذ أنقد وهو صنفان قنفذ يكون بأرض مصر قدر الفأر ودلدل يكون بأرض الشام والعراق في قدر الكلب القلطيّ والفرق بينهما كالفرق بين الجرذ =

والضب[1]، واليربوع[2]، وابن عرسٍ؛ ونحوها، ولا خلاف في حرمة هذه الأَشياءِ، إلاَّ في الضب فإِنه حلالٌ عند الشافعي.

= والفأر قالوا: إن القنفذ إذا جاع يصعد الكرم منكسا فيقطع العناقيد ويرمي بها ثم ينزل فيأكل منها ما أطاق فإن كان له فراخ تمرّغ في الباقي ليشتبك في شوكه ويذهب به إلى أولاده وهو لا يظهر إلا ليلاً وهو مولع بأكل الأفاعي ولا يتألم لها. ينظر حياة الحيوان (٢/ ٣١٢ ـ ٣١٣).

(١) بفتح الضاد حيوان بريّ معروف يشبه الورل قال أهل اللغة وهو من الأسماء المشتركة فيطلق على ورم في خف البعير وعلى ضبة الحديد والضب اسم للجبل الذي بمسجد الخيف في أصله وضبة الكوفة وضبة البصرة قبيلتان من العرب والضب أن يجمع الحالب خلفي الناقة في كفيه جميعاً أنشد ابن دريد:

جمعت له كفي بالرمح طاعنا كما جمع الخلفين في الضب حالب

وكنيته أبو حسل والجمع ضباب وأضب مثل كف وأكف والأنثى ضبة قالت العرب لا أفعله حتى يرد الضب لأن الضب لا يرد الماء قال ابن خالويه في أوائل كتاب ليس الضب لا يشرب الماء ويعيش سبعمائة سنة فصاعداً ويقال انه يبول في كل أربعين يوماً قطرة ولا تسقط له سن. ويقال ان أسنانه قطعة واحدة ليست مفرّقة ويحلّ أكل الضب بالإجماع قال في الوسيط ولا يؤكل من الحشرات إلا الضبّ قال ابن الصلاح في مشكله هذا غير مرضيّ فإن في الحشرات اليربوع والقنفذ ذكرهما الأزهري وغيره وروى الشيخان عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبيّ ﷺ قيل له أحرام هو؟ قال: لا ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه وفي سنن أبي داود لما رأى النبي ﷺ الضبين المشويين بزق فقال خالد: يا رسول الله أراك تقذره وذكر تمام الحديث وفي رواية لمسلم لا آكله ولا احرّمه وفي الأخرى كلوه فإنه حلال ولكنه ليس من طعامي وكل هذه الروايات صريحة في الإباحة ولأن العرب تستطيبه والدليل عليه قول الشاعر:

أكلت الضباب فما عفتها وإني اشتهيت قديد الغنم
ولحم الخروف حنيذا وقد أتيت به فاتراً في الشيم
وأما البهض وحيتانكم فأصبحت منها كثير السقم
وركبت زبدا على تمرة فنعم الطعام ونعم الإدم
وقد نلت منها كما نلتمو فلم أر فيها كضب هرم
وما في التيوس كبيض الدجاج وبيض الدجاج شقاء القرم
ومكن الضباب طعام العرب وكاشيه منها رؤوس العجم

قوله الحنبذ أي المشويّ وماء الشيم بفتح الشين المعجمة وفتح الباء الموحدة والأسنان والبهض: بكسر الباء الموحدة وفتح الهاء وبالضاد المعجمة الأرز باللبن والقرم بفتح القاف وكسر الراء الرجل يشتهي اللحم والمكن بفتح الميم وإسكان الكاف وبالنون في آخره بيض الضب والكشا جمع كشية بضم الكاف وإسكان الشين المعجمة ولا يكره أكله عندنا خلافاً لبعض أصحاب أبي حنيفة وحكى القاضي عياض عن قوم تحريمه قال الإمام العلامة النوويّ وما أظنه يصح عن أحد انتهى. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٩٣ ـ ٩٦).

قلت: ومذهب الحنفية كما حكاه صاحب البدائع هنا قائل بالحرمة وكتب المذهب الحنفي مطبقة على ذلك الإمام أبو حنيفة الإمام سفيان الثوري.

(٢) بفتح الياء المثناة تحت ويسمى الدرص بفتح الدال وكسرها وإسكان الراء المهملتين وبالصاد المهملة. حيوان طويل الرجلين قصير اليدين جدّاً وله ذنب كذنب الجرذ يرفعه صعداً في طرفه شبه النوّارة لونه كلون =

/ ٢٧٦ ب

واحتجَّ بما روي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال: أكلتُ / على مائدةِ رسول الله ﷺ لَحْمَ ضَبٍّ[١]، وعن ابن سيدنا عمر (رضي الله تعالى عنهما) عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «إِنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِي فَأَجِدُ نَفْسِي تَعَافُهُ، فَلاَ آكُلُهُ وَلاَ أُحَرِّمُهُ»[٢] وهذا نصٌّ على عدم الحرمة الشرعية وإشارة إلى الكراهة الطبيعية.

ولنا قولُهُ (تبارك وتعالى) ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] [والضب من الخبائث]، وروي عن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أن النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) أهدي إليه لحمُ ضبٍّ، فامتنع أن يأكله، فجاءت سائلةٌ فأرادت سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أن تطعمها إياه، فقال لها رسولُ الله ﷺ: «أَتُطْعِمِينَ مَا لاَ تَأْكُلِينْ»[٣] ولا يحتمل أن يكون امتناعه لما أَنَّ نفسه الشريفة عافته؛ لأنه لو كان كذلك لما منع من التصدق به؛ كشاة الأنصار أنه لما امتنع من أكلها أَمَرَ بالتصدق بها؛ ولأن الضب من جملة المسوخ والمسوخ محرمة كالدب والقرد والفيل فيما قيل.

والدليلُ عليه ما رُوِيَ أن رسولَ الله ﷺ سُئِل عن الضبِّ، فقال (عليه الصلاة والسلام): «إِنَّ أُمَّةً مُسِخَتْ فِي الأَرْضِ، وَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مِنْهَا»[٤] وهكذا روي عن بعض

= الغزال قال أصحاب الكلام في طبائع الحيوان أن كل دابة حشاها الله خبثاً فهي قصيرة اليدين لأنها إذا خافت شيئاً لاذت بالصعود فلا يلحقها شيء وهذا الحيوان يسكن بطن الأرض لتقوم رطوبتها له مقام الماء وهو يؤثر النسيم ويكره البحار أبداً يتخذ حجره في نشز من الأرض ثم يحفر بيته في مهبّ الرياح الأربع ويتخذ فيه كوى وتسمى النافقاء والقاصعاء والراهطاء.

وذهب إلى القول بحل أكل اليربوع عروة، وعطاء، والشافعي، وأبو ثور، وأحمد، وابن المنذر.

وذهب أبو حنيفة إلى القول بتحريمه.

ولم يرد فيه تحريم بخصوصه، وفيه ما يدل على إباحته؛ لأن نابه ضعيف، والعرب تستطيبه، وأوجب فيه عمر على المحرم جفرة، فدل هذا على حل أكله. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٤٨٠).

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٤٤٥) كتاب الأطعمة باب السويق حديث (٥٣٩١) ومسلم (١١/ ١٤٣ ـ نووي) كتاب الصيد والذبائح: باب إباحة الضب حديث (١٩٤٥) من حديث ابن عباس.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ٥٨٠) كتاب الذبائح والصيد باب الضب حديث (٥٥٣٦) ومسلم (٣/ ١٥٤١ ـ ١٥٤٢) كتاب الصيد والذبائح: باب إباحة الضب حديث (٣٩، ٤٠، ٤١/ ١٩٤٣) والترمذي (٤/ ٢٥١ ـ ٢٥٢) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في أكل الضب حديث (١٧٩٠) والنسائي (٧/ ١٩٧) كتاب الصيد والذبائح باب الضب حديث (٤٣١٤، ٤٣١٥) وابن ماجه (٢/ ١٠٨٠) كتاب الصيد: باب الضب حديث (٣٢٤٢) من حديث ابن عمر.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) أخرجه أبو حنيفة في «مسنده» (٢/ ٢٣٨).

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ٣٢٠). وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٤٠) وقال: رواه أحمد والطبراني في الكبير وأبو يعلى والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح.

أصحاب رسولِ الله ﷺ أنه قال: «كُنَّا فِي بَعْضِ المَغَازِي فأصابتنا مجاعةٌ، فنزلنا في أرضٍ كثيرةِ الضباب، فنصبنا القدور، وكانت القدور تغلي إذ جاء النبيُّ (عليه الصلاة والسلام) فقال: مَا هَذَا؟ قلنا: الضب يا رسولَ اللَّهِ؛ فقال (عليه الصلاة والسلام): «إِنَّ أُمَّةً مُسِخَتْ، فَأَخَافُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مِنْهَا»[1] فَأَمَرَ بِإلقاء القدور.

وما روي عن ابن عباس (رضي الله عنهما)، وما روينا فهو خاطر، والعملُ بالخاطر أَوْلى، وما له دَمٌ سائل نوعان: مستأنسٌ، ومستوحش، أما المستأنس من البهائم فنحو الإبل والبقر والغنم بالإجماع، وبقوله (تبارك وتعالى): ﴿وَالأَنْعَام خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [النحل: ٥] وقوله (سبحانه وتعالى): ﴿اللَّهُ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الأَنْعَامَ لِتَرْكَبُوا مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [غافر: ٧٩] واسم الأنعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلافٍ بين أهل اللغة، ولا تحل البغال والحمير عند عامة العلماء (رحمهم الله تعالى).

وحُكِيَ عَنْ بشر المريسي (رحمه الله) أنه قال: لا بأس بِأَكْلِ الحمار، واحتج بظاهر قوله (عَزَّ وجلّ) ﴿قُلْ لاَ أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إلا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥] ولم يذكر الحمير الآنسيَّة.

وروي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال: إنه فني مالي ولم يبق لي إلاَّ الحمر الأهلية، فقال (عليه الصلاة والسلام): «كُلْ مِنْ سَمِينِ مَالِك؛ فَإِنِّي إِنما كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ جَلالِ القَرْيَةِ»[2] وروي عن «جَوَالِّ الْقُرَىٰ» بتشديد اللام، وروي، فإنما قذرت لكم جالة القرية.

ولنا قوله (تبارك وتعالى): ﴿وَالخَيْلَ وَالبِغَالَ والحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] وسنذكر وجه الاستدلال بالآية، إن شاء الله تعالى.

وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن سيدنا عمر (رضي الله عنهما) أنه قال: نهى رسولُ الله ﷺ في غزوة «خيبر» عن لحومِ الحُمُرِ الأَهلية، وعن مُتْعَةِ النِّسَاءِ[3].

وروي أن سيدنا عليًا (رضي الله عنه) قال لابن عباس (رضي الله عنهما) وهو يفتي الناس في المِتعةِ أَنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن متعةِ النساءِ وعن لحُومِ الحُمُرِ الأَهلية يوم «خيبر»، فرجع ابن عباس (رضي الله عنهما) عَنْ ذلك، ورُوِي أنه قيل للنبيِّ (عليه الصلاة والسلام) يوم «خيبر»

---

(١) ينظر الحديث السابق.

(٢) أخرجه أبو داود رقم (٣٧٩٠، ٣٧٩١) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣٣٢) والطبراني في «الكبير» (١٨/ ٢٦٥ ـ ٢٦٦) رقم (٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠) من حديث غالب بن الأبجر.

(٣) تقدم تخريجه في كتاب النكاح.

أكلت الحمر، فأمر أبا طلحة (رضي الله عنه) ينادي أَنَّ رسولَ الله ﷺ ينهاكم عن لحومِ الحُمُرِ فإِنَّهَا رجزٌ، وَرُوِي: «فَإِنَّهَا رِجْسٌ» وهذه أخبار مستفيضة عرفها الخاصُّ والعام وقبلوها، وعملوا بها وظهر العمل بها.

وأما الآية فقد اختص منها أشياء غير مذكورة فيها، فيختص المتنازع فيه بما ذكرنا من الدلائل، مع أن ما روينا من الأخبار مشهورة، ويجوز نسخ الكتات بالخبر المشهور، وعلى أنَّ في الآية الشريفة أنه لا يحل[١] سوى المذكور فيها وَقْتَ نزولها؛ لأن الأَصلَ في الفعل هو الحال، فيحتمل أنه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها، ثم حرم ما حرم بعد؛ على أنا نقول بموجب الآية لا محرم سوى المذكور فيها، ونحن لا نطلق اسم المحرم على لحوم الحمر الأَهلية؛ إذ المحرم المطلق ما تثبت حرمته بدليل مقطوع به، فأَمَّا ما كانت حرمته محل الاجتهاد فلا يسمى محرماً على الإطلاق، بل نسميه مكروهاً، فنقول بوجوب الامتناع عن أكلها عملاً مع [التوقف في اعتقاد][٢] الحل والحرمة.

وأما الحديثُ فيحتملُ أَنْ يكون المراد من قوله (عليه الصلاة والسلام): «كُلْ مِن سَمِينِ مَالِكَ»، أي: من أَثْمانها؛ كما يقال: فلانٌ أَكَلَ عقاره، أي: ثمن عقارِهِ، ويحتمل أن يكون ذلك إطلاقاً للانتفاع بظهورها بالإكراء، كما يحمل على شيء مما ذكرنا عملاً بالدلائل كلها، ويحتمل أنه كان قبل التحريم، فانفسخ بما ذكرنا، وإن جهل التاريخ، فالعمل بالخاطر[٣] أولى احتياطاً.

فإن قيل: ما رويتم يحتمل أيضاً أنه (عليه الصلاة والسلام) نَهَىٰ عَنْ أكل الحمر يوم «خيبر»؛ لأَنها كانت غنيمة من الخمس أو لقلة الظهر، أو لأَنها كانت جلالة، فوقع التعارض. والجوابُ أنَّ شيئاً من ذلك لا يصلح محملاً.

أما الأَول: فلأَنَّ ما يحتاج إليه الجند لا يخرج منه الخمس؛ كالطعام والعلف.

وأما الثاني: فلأن المروي أنَّ رسول الله ﷺ أمر بإكفاء القدور يوم «خيبر»، ومعلومٌ أن ذلك مما لا ينتفع به في الظهر.

وأما الثالث: فلأنه (عليه الصلاة والسلام) خص النهي بالحمر الأهلية، وهذا المعنى لا يختص بالحمر، بل يوجد في غيرها.

---

(١) في أ: يجد.

(٢) في أ: مع اعتقاد التوقيف في الحل والحرمة.

(٣) في أ: الحاضر.

وأما لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة (رضي الله عنه): يكره[1].

---

(١) قال بحلها جمهور الفقهاء، روي ذلك عن أبي الزبير، والحسن، وعطاء، والأسود بن يزيد.
وبه قال الشافعي، وأحمد، والليث، وابن المبارك، وأبو ثور، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وداود، وغيرهم وكرهها طائفة منهم ابن عباس، والحكم، ومالك، وأبو حنيفة.
قيل والكراهة عند أبي حنيفة للتحريم، وقيل للتنزيه، والأولى أصح.
احتج الجمهور بالمنقول والمعقول:
أما المنقول: فمنه ما روي في الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل» متفق عليه.
ومنه ما روي في الصحيحين أيضاً عن أسماء رضي الله عنها قالت: «نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة» متفق عليه أيضاً.
أما المعقول: فلأنه حيوان طاهر مستطاب، ليس بذي ناب ولا مخلب، فيحل: قياساً على بهيمة الأنعام.
قال سعيد بن جبير: «ما أكلت شيئاً أطيب من مَعْرَفَةَ برذون» واستدل المانعون بالكتاب والسنة:
أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾.
ووجه الدلالة أن الله تعالى ذكر الانتفاع بالركوب والزينة ولم يذكر الانتفاع بالأكل، مع أنه في سياق الامتنان، والمنة به أعظم وأولى.
أما السنة: فما روي عن خالد رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها».
ولا يتم لهم هذا الاستدلال، سواء أكان بالكتاب أم بالسنة؛ وذلك لأن الآية التي استدلوا بها ﴿والخيل والبغال. . . . . .﴾ الآية، مكية بالاتفاق، ولحوم الحمر إنما حرمت يوم خيبر سنة سبع بالاتفاق، فدل على أنه لم يفهم النبي ﷺ، ولا الصحابة في الآية تحريماً للحمر ولا لغيرها؛ فإنها لو دلت على تحريم الخيل، دلت على تحريم الحمر، وهم لم يمتنعوا منها، بل امتدت الحال إلى يوم خيبر فحرمت.
وأيضاً فالاقتصار على ركوبها والتزين بها لا يدل على نفي الزائر عليهما، وإنما خصهما بالذكر لأنهما معظم المقصود من الخيل.
من ذلك قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ اقتصر في الخنزير على تحريم لحمه؛ لأنه معظم مقصوده، وقد أجمعوا على تحريم شحمه ودمه وسائر أجزائه. وأيضاً فإن موضع الاستدلال في الآية بالمفهوم لا بالمنطوق وهم لا يقولون به.
أما استدلالهم بحديث خالد في النهي عن أكل لحوم الخيل فقال الإمام أحمد: حديث خالد ليس له إسناد جيد، وفيه رجلان لا يعرفان، يرويه ثور عن رجل ليس بمعروف، وقال: لا ندع أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر. وقال النسائي: حديث الإباحة أصح؛ قال: ويشبه إن كان هذا الحديث صحيحاً أن يكون منسوخاً؛ لأن قوله في الحديث الصحيح: «وأذن في لحوم الخيل» دليل على ذلك ويمكن أن يقال: إن النهي عن أكل الخيل كان لأمر عارض؛ وذلك أن الخيل كانت قليلة فيهم، وكانت سلاحاً يحتاجون إليه في الحرب، فلهذا نهاهم عن أكله لهذا المعنى، لا لحرمته. وهو وجيه.
ومن قال إن الكراهة للتنزيه، قال: إن الفرس كالآدمي من وجه؛ من حيث إنه يحصل به إرهاب العدو، ويستحق السهم من الغنيمة. والآدمي غير مأكول لكرامته، لا لنجاسته، والخيل كذلك كره أكلها على طريق التنزيه لمعنى الكرامة.
ولهذا جعل الخيل طاهرة السؤر، وجعل بوله كبول ما يؤكل لحمه. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ (رحمهما الله): لا يكره؛ وبه أخذ الشافعيُّ (رحمه الله).

واحتجَّا بِمَا روي عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) أنه قال: أَكَلْنَا لحم فرسٍ على عهدِ رسولِ الله ﷺ[١].

وروي عن جابر (رضي الله عنه) أنه قال: نَهَىٰ رسولُ الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية، وأُذِنَ في الخيل[٢]، وروي أنه قال: أَطْعَمَنَا رسول الله ﷺ لحوم الخيل، ونهانا عن لحوم الحُمُرِ[٣]، وروي عنه أنه قال: كُنَّا قد جعلنا في قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار، فنهانا النبيُّ (عليه الصلاة والسلام) أن نأكل لحم الحمار، وأمرنا أن نأكل لحم الخيل[٤].

وعن سيدتنا أسماء بنت سيدنا أبي بكر الصديق (رضي الله عنهما) أنها قالت نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه[٥]، ولأبي حنيفة (رضي الله عنه) الكتاب والسنة ودلالة الإجماع، أما الكتاب العزيز فقوله (جلَّ شأنه): ﴿وَالْخَيْلَ وَالبِغَالَ وَالحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل:٨].

ووجه الاستدلال به ما حكي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) فإنه روي أنه سُئل عن لحم الخيل فقرأ بهذه الآية الشريفة، وقال: ولم يقل (تبارك وتعالى) لتأكلوها فيكره أكلها[٦]، وتمام هذا الاستدلال أن الله (تبارك وتعالى) ذكر الأنعام فيما تقدم ومنافعها، وبالغ في ذلك بقوله تعالى: ﴿والأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ولَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ٦٤٨) كتاب الذبائح والصيد ـ باب لحوم ـ الخيل حديث (٥٥٢٠) ومسلم (٣/ ١٥٤١) كتاب الصيد والذبائح باب في أكل لحوم الخيل حديث (٣٦/ ١٩٤١). وأبو داود (٢/ ٣٧٩) كتاب الأطعمة: باب في أكل لحوم الخيل حديث (٣٧٨٨) والنسائي (٧/ ٢٠١) كتاب الصيد والذبائح باب الإذن في أكل لحوم الخيل وأحمد (٣/ ٣٦١، ٣٨٥) والدارمي (٢/ ٨٧) كتاب الأضاحي: باب في أكل لحوم الخيل وابن حبان حديث (٥٢٤٩ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٠٤) وفي «مشكل الآثار» (٤/ ١٦٤) وابن الجارود رقم (٨٨٥) والبيهقي (٩/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧) من طريق حماد بن زيد ثنا عمرو بن دينار عن محمد بن علي عن جابر أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر وأذن في لحوم الخيل.

(٣) ينظر الحديث السابق.

(٤) ينظر الحديث قبل السابق.

(٥) أخرجه البخاري (٩/ ٥٦٥) كتاب الذبائح والصيد: باب لحوم الخيل حديث (٥٥١٩) ومسلم (٣/ ١٥٤١) كتاب الصيد والذبائح باب في أكل لحوم الخيل حديث (٣٦/ ١٩٤١) من حديث أسماء.

(٦) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٤/ ٢٠٧) وعزاه إلى ابن أبي شيبة وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس.

تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بالِغِيهِ إِلاَّ بِشِقِ الأَنْفُسِ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَؤُفٌ رَحِيمٌ﴾ [النحل:٥ ـ ٧] .

وكذا ذكر فيما بعد هذه الآية الشريفة متصلاً بها منافع الماء المنزل من السماء، والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم، والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية، وذكر في هذه الآية أنه (سبحانه وتعالى) خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة، ذكر منفعة الركوب والزينة ولم يذكر (سبحانه وتعالى) منفعة الأكل، فَدَلَّ أَنَّهُ لَيْسَ فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرناه.

ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ما ذكرنا لم يحتملْ أَنْ لا نذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاءِ، وقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] ولحم الخيل ليس بطيب، بل هو خبيثٌ، لأَنَّ الطباع السليمة لا تستطيبه، بل تستخبثه حتى لا تجد أحداً ترك بطبعه إِلاَّ ويستخبثه وينفر[١] طبعه عن أكله، وإِنما يرغبون في ركوبه إِلا من غير[٢] طبعه عما[٣] كان مجبولاً عليه، وبه تبين أن الشرع إِنما جاء بإحلال ما هو مستطاب في الطبع، لا بما[٤] هو مستخبث، ولهذا لم يجعل المستخبث في الطبع غذاء اليسير، وإِنما جعل ما هو مستطاب بلغ في الطيب غايته.

وَأَمَّا السنَّة فما روي عن جابر (رضي الله عنه) أنه قال: «لمَّا كان يوم «خيبر» أصاب الناس مجاعةً فأخذوا الحمر الأهلية، فذبحوها، فحرم رسولَ الله ﷺ لحومَ الحُمُر الإِنسية ولحومَ الخيلِ والبغالِ وكلَّ ذي نابٍ من السباع وكلَّ ذي مخلبٍ من الطيرِ وَحَرَّمَ الخلسة والنهبة[٥]».

وعن خالد بن الوليد (رضي الله عنه) أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحومِ الخيلِ والبغال والحمير[٦].

وعن المقدام بن معدي كرب أنَّ النبي (عليه الصلاة والسلام) قال: «حُرِّمَ[٧] عَلَيْكُمْ

---

(١) في ط: وينقي.
(٢) في ط: يرغب.
(٣) في ط: فيما.
(٤) في أ: ما.
(٥) تقدم حديث جابر في ذلك.
(٦) أخرجه أبو داود (٤/ ١٥١) كتاب الأطعمة باب في أكل لحوم الخيل حديث (٣٧٩٠) والنسائي (٧/ ٢٠٢) كتاب الصيد والذبائح: باب تحريم أكل لحوم الخيل وابن ماجه (٢/ ١٠٦٦) كتاب الذبائح: باب لحوم البغال حديث (٣١٩٨) وأحمد (٤/ ٨٩) والدارقطني (٤/ ٢٨٧) كتاب الصيد والذبائح والأطعمة حديث (٦٠، ٦١) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٤٧).
(٧) في أ: حرام.

الحِمَارُ الأَهْلِيّ وَخَيْلُهَا [وبغلها][(١)]»[(٢)] وهذا نصٌّ على التحريم، وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «الخَيْلُ لِثَلاثَةٍ: فَهِيَ لِرَجُلٍ سِتْرٌ، وَلِرَجُلٍ أَجْرٌ، وَلِرَجُلٍ وِزْرٌ»[(٣)] ولو صلحت للأكل لقال (عليه الصلاة والسلام): الخيل لأربعة: لرجل ستر، ولرجلٍ أجر، ولرجلٍ وزر، ولرجل طعام.

وأما دلالة الإجماع فهي أن البغل حرام بالإجماع، وهو ولد الفرس، فلو كانت أمه حلالاً لكان هو حلالاً أيضاً، لأن حكم الولد حكم أمه؛ لأنه منها وهو كبعضها؛ ألا ترى أنَّ حمار وحش لو نزى على حمارة أهلية فولدتْ لم يؤكل ولدُها، ولو نزا حمارٌ أهلي على حمارة وحشية وولدتْ، يؤكل ولدُها؛ ليعلم أن حكم الولد حكم أمه في الحلِّ والحرمة، دون الفحل، [فلمّا كان لحم الفرس / حراماً، كان لحم البغل كذلك][(٤)]. ١/٢٧٧ أ

وما روي في بعض الروايات عن جابرٍ، وما في رواية سيدتنا أسماء (رضي الله عنها) يحتمل أنه كان ذلك في الحال التي كان يؤكل فيها الحمر؛ لأن النبيَّ (عليه الصلاة والسلام)، إِنَّما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم «خيبر»، وكانت الخيل تؤكل في ذلك الوقت، ثم حرمت، يَدُلُّ عليه ما روي عن الزهري أنه قال: ما علمنا الخيل أكلت إلاّ في حصار.

وعن الحسن (رضي الله عنه) أنه قال: كان أصحابُ رسولِ الله ﷺ يأكلون لحومَ الخيلِ في مغازيهم، فهذا يدلُّ على أنهم كانوا يأكلونها في حال الضرورة؛ كما قال الزهري (رحمه الله)، أو يحمل على هذا عملاً بالدليل؛ صيانةً لها عن التناقض أو يترجح الحاظر على المبيح احتياطاً، وهذا الذي ذكرنا حجج أبي حنيفة (رضي الله عنه) على رواية الحسن أنه يحرم أكل لحم الخيل.

---

(١) سقط في ط.

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ١٣٢) بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الإنسية وعن كل ذي ناب من السباع وعند ابن ماجه (٣١٩٣) من وجه آخر ولفظه أن رسول الله ﷺ حرم أشياء حتى ذكر الحمر الإنسية.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ٥٦) في الشرب والمساقاة، باب شرب الناس وسقي الدواب من الأنهار (٢٣٧١) (٦/ ٧٥) في الجهاد، باب الخيل لثلاثة (٢٨٦٠) و(٦/ ٧٣٢) في المناقب (٣٦٤٦) (٨/ ٥٩٨) في التفسير، باب قوله ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره﴾ (٤٩٦٢)، (١٣/ ٣٤١) في الأحكام التي تعرف بالدلائل (٧٣٥٦) ومسلم (٢/ ٦٨٠ ـ ٦٨٢) في الزكاة، باب إثم مانع الزكاة (٢٤ ـ ٢٦/ ٩٨٧)، والترمذي (٤/ ١٤٨) في فضائل الجهاد، باب ما جاء في فضل من ارتبط فرساً في سبيل الله (١٦٣٦)، والنسائي (٦/ ٢١٥ ـ ٢١٦) في الخيل، في أوله وابن ماجه (١/ ٩٣٢) في الجهاد، باب ارتباط الخيل في سبيل الله (٢٧٨٨)، ومالك (٢/ ٤٤٤ ـ ٤٤٥) في الجهاد، باب الترغيب في الجهاد (٣)، وأحمد (٢/ ٢٦٢، ٣٨٢، ٣٨٣ ـ ٣٨٤) وابن خزيمة (٢٢٥٢)، والبيهقي (٤/ ٨١)، (١٠/ ١٥) والبغوي في شرح السنة (٣/ ٣٣٦) برقم (١٥٦٩) من حديث أبي هريرة.

(٤) بدل ما بين المعكوفين في أ: فلما كان لحم البغل حراماً كان لحم الفرس كذلك.

وأما على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) أنه يكره أكله، ولم يطلق التحريم، لاختلاف الأحاديث المروية في الباب [واختلاف الصحابة][(١)] واختلاف السلف، فكره أكل لحمه احتياطاً لباب الحرمة.

وأما المتوحش منها نحو: الظباء، وبقر الوحش، وحمر الوحش، وإبل الوحش ـ فحلالٌ بإجماع المسلمين؛ ولقوله (تبارك وتعالى): ﴿يَسْئَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة:٤] وقوله: (عَزَّ شأنه): ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] وقوله (سبحانه وتعالى): ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾ [البقرة:٢٦٧] ولحوم هذه الأشياء من الطيبات فكان حلالاً.

وروي أنه لما سئل رسولُ الله ﷺ يوم «خيبر» عن لحوم الحمر، فقال: «الأَهْلِيَّةُ»؟ فقيل: نعم، فدل قول رسول الله ﷺ على اختلاف حكم الأهلية والوحشية، وقد ثبت أن الحكم في الأهلية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل، فكان حكم الوحشية الحل ضرورة.

وروي أن رجلاً من «فهر» جاء إلى النبي (عليه الصلاة والسلام) وهو بالروحاء ومع الرجل حمارٌ وحشي عَقَرَهُ، فقال: هذه رميتي يا رسول الله، وهي لك[(٢)]، فقبله النبيُّ (عليه الصلاة والسلام)، وأمر سيدنا أبا بكر (رضي الله عنه) فقسمه بين الرفاق، والحديث وإن ورد في حمار الوحش لكن إحلال الحمار الوحشي إحلالٌ للظبي والبقر الوحشي والإبل الوحشي من طريق الأولى، لأنَّ الحمار الوحشي ليس من جنسه من الأهلي[(٣)] ما هو حلال، بل هو حرام، وهذه الأشياء من جنسها من الأهلي ما هو حلال، فكانت أولى بالحل.

وأما المستأنس من السباع وهو الكلب والسنور الأهلي فلا يحل؛ وكذلك المتوحش منها المسمى بسباع الوحش والطير، وهو كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير؛ لما روي في الخبر المشهور عن رسول الله ﷺ أنه نَهَى عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَكُلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ»[(٤)].

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: لكم.
(٣) في أ: الأنسي.
(٤) أخرجه البخاري (٩/ ٦٥٧) كتاب الذبائح والصيد، باب أكل كل ذي ناب من السباع، حديث (٥٥٣٠) ومسلم (٣/ ١٥٣٣) كتاب الصيد والذبائح، باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع حديث (١٤٢١٣/ ١٩٣٢) ومالك (٢/ ٤٩٦) رقم (١٣) والطيالسي ص (١٣٦)، حديث (١٠١٦) وأحمد (٤/ ١٩٣) والدارمي (٢/ ٨٤ ـ ٨٥) كتاب الأضاحي، باب ما لا يؤكل من السباع وأبو داود (٤/ ١٥٩) كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع. حديث (٣٨٠٢) والترمذي (٤/ ٧٣) كتاب الأطعمة، باب ما جاء =

وعن الزهري (رضي الله عنه) قال: قال رسولُ الله ﷺ: «كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ

= من كراهية كل ناب، حديث (١٤٧٧) والنسائي (٧/ ٢٠٠ ـ ٢٠١) وابن ماجه (٢/ ١٠٧٧) كتاب الصيد، باب أكل ذي ناب من السباع حديث (٣٢٣٢).

وابن الجارود (٨٨٩) والشافعي (٢/ ١٧٢ ـ ١٧٣) كتاب الصيد والذبائح رقم (٦٠٤، ٦٠٥) والحميدي (٢/ ٣٨٦) رقم (٨٧٥) وابن حبان (٥٢٥٥ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٩٠) وأبو نعيم في الحلية (٩/ ٢٨) والبيهقي (٩/ ٣٣١) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٣١ ـ بتحقيقنا) من طريق أبي إدريس الخولاني عن أبي ثعلبة به. وقال الترمذي: حديث مشهور من حديث أبي ثعلبة حسن صحيح.

وأما حديث أبو هريرة:

أخرجه مسلم (٣/ ١٥٣٤) كتاب الصيد والذبائح، باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع، حديث (١٦/ ١٩٣٤) ومالك (٢/ ٤٩٦) كتاب الصيد، باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع، حديث (١٤) والشافعي (٢/ ١٧٢) كتاب الصيد والذبائح، حديث (٦٠٣) وأحمد (٢/ ٢٣٦) والترمذي (٤/ ٧٤) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في كراهية كل ذي ناب وذي مخلب، حديث (١٤٧٩) والنسائي (٧/ ٢٠٠) كتب الصيد والذبائح، باب تحريم أكل السباع وابن ماجه (٢/ ١٠٧٧) كتاب الصيد، باب أكل كل ذي ناب من السباع، حديث (٣٢٣٣) والبيهقي (٩/ ٣١٥) كتاب الضحايا باب ما يحرم من جهة ما لا تأكل العرب.

بلفظ أكل كل ذي ناب من السباع حرام أما حديث جابر بن عبدالله قال: «حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر الحمر الإنسية، ولحوم البغال، وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير».

أخرجه أحمد (٣/ ٣٢٣) والترمذي (٤/ ٧٣) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في كراهية كل ذي ناب وذي مخلب. حديث (١٤٧٨) والبزار والطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد (٥/ ٤٧).

وقال الترمذي: حسن غريب.

أما حديث خالد بن الوليد قال: «غزوت مع رسول الله ﷺ خيبر فأتت اليهود فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم فقال رسول الله ﷺ: «ألا لا تحل أموال العاهدين إلا بحقها، وحرام عليكم حمر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذي نائب من السباع وكل ذي مخلب من الطير».

أخرجه أحمد (٤/ ٨٩ ـ ٩٠) وأبو داود (٤/ ١٦٠ ـ ١٦١) كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع، حديث (٣٨٠٦) والنسائي (٧/ ٢٠٢) كتاب الصيد والذبائح، باب تحريم أكل لحوم الخيل، والدارقطني (٤/ ٢٨٧) باب الصيد والذبائح والأطعمة، حديث (٦٠، ٦١، ٦٣) والبيهقي (٩/ ٣٢٨) كتاب الضحايا، باب بيان ضعف الحديث الذي روي في النهي عن لحوم الخيل. وقال النسائي في الحديث يشبه أن يكون صحيحاً ولكنه منسوخ بإباحة الخيل بعد ذلك.

أما حديث المقدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال: «لا يحل ذو ناب من السباع، ولا الحمار الأهلي، ولا اللقطة من مال معاهد».

أخرجه أحمد (٤/ ١٣١) وأبو داود (٤/ ١٦٠) كتاب الأطعمة باب النهي عن أكل السباع، حديث (٣٨٠٤) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٠٩) كتاب الصيد والذبائح، باب أكل لحوم الحمر الأهلية، والدارقطني (٤/ ٢٨٧): باب الصيد والذبائح، حديث (٥٩) والبيهقي (٩/ ٣٣٢) كتاب الضحايا، باب ما جاء في أكل لحوم الحمر الأهلية.

حَرَامٌ»[١] فذو الناب من سباع الوحش مثل الأسد والذئب، والضبع، والنمر، والفهد، والثعلب، والسنور البري، والسنجاب، والفنك، والسمور، والدلق، والدب، والقرد، والفيل؛ ونحوها؛ فلا خلاف في هذه الجملة أنها محرمةٌ إلا الضبع؛ فإنه حلال عند الإِمام الشافعي (رحمه الله).

واحتج بما روي عن عطاء عن جابر (رضي الله عنهما) أنه قال في الضبع كبش، فقلت له: أهو صيد؟ فقال: نعم، فقلت: يؤكل؟ فقال: نعم، فقلت: أسمعتَهُ مِنْ رَسُولِ الله ﷺ؟ فقال: نعم[٢].

ولنا أن الضبع سبع ذو ناب، فيدخل تحت الحديث المشهور، وما روي ليس بمشهور، فالعمل بالمشهور أَوْلَى؛ على أن ما روينا محرم، وما رواه محلل، والمحرم يقضي على المبيح احتياطاً، ولا بأس بأكل الأَرنب لما روي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال: كُنَّا عند رسول الله ﷺ فأهدى له أعرابيٌّ أرنبة مشوية، فقال لأصحابه: «كُلُوا»[٣].

وعن محمد بن صفوان، أو صفوان بن محمد[٤]؛ أنه قال: أصبتُ أرنبتين فذبحتهما بمروة، وسألتُ عن ذلك رسول الله ﷺ فأمرني بأكلهما[٥].

وذو المخلب من الطير، كالبازي، والباشق، والصقر، والشاهين، والحدأة، والنعاب، والنسر، والعقاب؛ وما أشبه ذلك فيدخل تحت نهي النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) عن كل ذي مخلب من الطير.

وروي أنه نهى عن كل ذي خطفة ونهبة ومجثمة، وعن كل ذي ناب من الطير، والمجثمة. روي بكسر الثاء وفتحها؛ من الجثوم، وهو تلبد الطائر الذي من عادته الجثوم على غيره ليقتله، وهو السباع من الطير، فيكون نهياً عن[٦] أكل كل طير هذا عادته، وبالفتح هو الصيد الذي يجثم عليه طائر فيقتله، فيكون نهياً عن أكل كل طير قتله طير آخر بجثومه عليه.

---

(١) هذا مرسل وينظر شواهده في الحديث السابق.

(٢) تقدم في كتاب الحج.

(٣) ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٣٩) بنحوه من حديث ابن عباس وقال: رواه أبو يعلى والطبراني في الكبير وفي إسناده ضعف.

(٤) محمد بن صفوان أبو مَرْحب صحابي له حديث في الأرنب وقيل فيه صفوان بن محمد والأول أصوب وقيل هو محمد بن صيفي روى له أبو داود والنسائي وابن ماجه. ينظر التقريب (ت ٦٠٠٦).

(٥) أخرجه أحمد (٣/ ٤٧١) وأبو داود (٣/ ١٠٢) كتاب الأضاحي: باب في الذبيحة بالمروة حديث (٢٨٢٢) والنسائي (٧/ ١٩٧) كتاب الصيد والذبائح باب الأرنب حديث (٤٣١٣)، (٧/ ٢٢٥) كتاب الضحايا: باب إباحة الذبح بالمروة حديث (٤٣٩٩) وابن ماجه (٢/ ١٠٦٠) كتاب الذبائح باب ما يذكى به حديث (٣١٧٥) وابن حبان (٧/ ٥٥٤) رقم (٥٨٥٧) والحاكم (٤/ ٢٣٥) من حديث محمد بن صفوان.

(٦) في ط: على.

وقيل بالفتح؛ هو الذي يرمي حتى يجثم فيموت، وما لا مخلب له من الطير فالمستأنس منه كالدجاج والبط، والمتوحش، كالحمام والفاختة والعصافير والقبج والكركي والغراب الذي يأكل الحب والزرع والعقعق ونحوهاـ حلالٌ بالإِجماع.

فصل فيما يكره من الحيوانات

وأما بيان ما يكره من الحيوانات: فيكره أكلُ لحوم الإبلِ الجلاَّلة، وهي التي الأغلب من أكلها النجاسة[١]، لما روي أن رسول الله ﷺ نهى عن أكلِ لُحُومِ الإِبلِ الجلاَّلة[٢]؛ ولأنه إذا

---

(١) الجلالة: هي التي تأكل العذرة، والنجاسات، وتكون من الإبل، والبقر، والغنم، والدجاج.
وقيل: إن كان أكثر أكلها النجاسة، فهي: جلالة. وقيل: إنه لا اعتبار بالكثرة، وإنما الاعتبار بالرائحة والنتن، فإن وجد في عرفها أو غيره ريح النجاسة: فجلالة، وإلا فلا.
وإذا تغير لحم الجلالة فمكروه كراهة تنزيه على الأصح وإنما لم يحرم ذلك؛ لأنه ليس فيه أكثر من تغير لحمها، وهذا لا يوجب التحريم؛ كما لو أنتن اللحم المذكّى وتروح فإنه يكره على الصحيح.
ولأن ما تأكله الدابة من الطاهرات يتنجس إذا حصل في كرشها ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة ولا يؤثر ذلك في إباحة لحمها ولبنها وبيضها.
وممن قال بذلك أيضاً: الحسن البصري، وأبو حنيفة، ومالك، وأحمد، وداود.
ولا كراهة عند الحنفية في أكل الدجاجة المخلاة التي تأكل العذرة؛ لأنها تخلط، أو لأنها لا تنتن كغيرها، والأفضل أن تحبس ثلاثة أيام حتى تطيب.
واتفق الجميع على زوال الكرهة بحبسها، واختلفوا في قدره. فقيل: تحبس حتى تطيب.
وهو الصحيح عند الشافعية: وبه قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن وهو رواية عن أبي حنيفة.
وروي عن أبي حنيفة أنها تحبس ثلاثة أيام وهي رواية عن أحمد. سواء كانت طائراً أم بهيمة.
وذلك لأن ابن عمر كان إذا أراد أكل الجلالة حبسها ثلاثاً.
والرواية الثانية عن أحمد: تحبس الدجاجة ثلاثاً، والبعير والبقرة، ونحوها أربعين.
وذلك لحديث عبد الله بن عمرو: «نهى رسول الله ﷺ عن الإبل الجلالة، أن يؤكل لحمها، ولا يحمل عليها إلا الأدم، ولا يركبها الناس، حتى تعلف أربعين ليلة». ولأنهما أعظم جسماً، وبقاء علفهما فيهما أكثر من بقائه في الدجاجة والحيوان الصغير.
وإذا كان الحكم دائراً حول ما ينتن من لحمها: فيكره وما لا ينتن: فلا يكره، زال حكم الكراهة بزوال النتن ولم يكن للقدر الذي تعلفه من حد، ولا لزمانه من ضبط. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/١٤٨، ١٨٥) كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل الجلالة وألبانها، حديث (٣٧٨٥) وابن ماجه (٢/ ١٠٦٤) كتاب الذبائح، باب النهي عن لحوم الجلالة، حديث (٣١٨٩) والترمذي (٤/ ٢٧٠) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في أكل لحوم الجلالة حديث (١٨٢٤) والحاكم (٢/ ٣٤) والبيهقي (٩/ ٣٣٢) كتاب الضحايا، باب ما جاء في أكل الجلالة وألبانها.
من طريق ابن إسحاق عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن عمر به وقال الترمذي: حديث حسن غريب وروى الثوري عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن النبي ﷺ مرسلاً. وسفيان الثوري بلا شك أثبت من ابن =

....

= إسحاق. لكن للحديث طريق آخر عن ابن عمر.
أخرجه أبو داود (٤/١٤٨) كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل لحم الجلالة وألبانها حديث (٣٧٨٧) والحاكم (٢/ ٣٤ ـ ٣٥) والبيهقي (٩/ ٣٣٢) كتاب الضحايا، باب ما جاء في أكل الجلالة وألبانها من طريق عمرو بن أبي قيس عن أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر به.
وسكت عنه الحاكم والذهبي. وللحديث شواهد من حديث عبد الله بن عمرو وابن عباس وأبي هريرة.
ـ حديث عبد الله بن عمرو:
أبو داود (٢/ ٣٨٥) كتاب الأطعمة: باب في لحوم الحمر الأهلية حديث (٣٨١١) والنسائي (٧/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠) كتاب الضحايا: باب النهي عن أكل لحوم الجلالة (٤٤٤٧) وأحمد (٢/ ١١٩) والبيهقي (٩/ ٣٣٣) كتاب الضحايا: باب ما جاء في أكل الجلالة وألبانها من طريق وهيب عن ابن طاوس عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن الجلالة وعن ركوبها وعن أكل لحمها.
وللحديث طريق آخر عن ابن عمر:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٨٣) رقم (٤٤) والبيهقي (٩/ ٣٣٣) من طريق إسماعيل بن إبراهيم بن المهاجر عن أبيه عن عبد الله بن باباه عن عبد الله بن عمرو قال: نهى رسول الله ﷺ عن الإبل الجلالة أن يؤكل لحمها ولا يشرب لبنها ولا يحمل عليها إلا الادم ولا يذكيها الناس حتى تعلف أربعين ليلة.
وهذا سند ضعيف [إسماعيل وأبوه ضعيفان].
ـ حديث ابن عباس:
أخرجه أبو داود (٢/ ٣٧٩) كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل الجلالة وألبانها حديث (٣٧٨٦) والنسائي (٧/ ٢٤٠) كتاب الضحايا، باب النهي عن أكل لحوم الجلالة والترمذي (٤/ ٢٧٠) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في أكل لحوم الجلالة وألبانها حديث (١٨٢٥).
وأحمد (١/ ٢٢٦، ٢٤١، ٣٣٩) وابن الجارود رقم (٨٨٧) والحاكم (٢/ ٣٤) وابن حبان (١٣٦٣ ـ موارد) والبيهقي (٩/ ٣٣٣) كتاب الضحايا، باب ما جاء في أكل الجلالة من طرق عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن لبن الجلالة وعن المجثمة وعن الشرب من في السقاء.
وقال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
وصححه أيضاً ابن حبان.
وللحديث طريق آخر.
أخرجه البزار (٢٨٦٠ ـ كشف) عنه أن النبي ﷺ نهى يوم فتح مكة عن لحوم الجلالة وألبانها وظهورها وذكره الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٥٣) وقال: قلت: رواه الترمذي باختصار ـ رواه البزار وفيه ليث بن أبي سليم وهو ثقة لكنه مدلس وبقية رجاله ثقات.
ـ حديث أبي هريرة:
أخرجه البزار (٢٨٥٩ ـ كشف) عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة وعن شرب ألبانها وأكلها وركوبها وذكره الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٥٣) وقال: وفيه أشعث بن براز الهجيمي وهو متروك.
وأخرجه الحاكم (٢/ ٥٣) من طريق حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن المجثمة والجلالة.

كان الغالب من أكلها النجاسات يتغير لحمها. وينتن، فيكره أكله كالطعام المنتن.

ورُوِيَ أن رسول الله ﷺ نهى عن الجلاَّلة أَنْ تُشْرَبَ ألبانُهَا[١]؛ لأَن لحمها إذا تغير يتغير لبنُها؛ وما روي أنه (عليه الصلاة والسلام): نَهَىٰ عَنْ أَنْ يُحَجَّ عليها، وأنْ يُعتمر عليها، وأن يُغزى، وأن يُنْتَفَعَ بها فيما سوى ذلك؛ فذلك محمولٌ على أنها انتنت في نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنها؛ كذا ذكره القدوري (رحمه الله) في شرحه «مختصر الكرخي».

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أنه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره، إلاَّ أن تحبس أياماً وتُعلف فحينئذٍ تحل، وما ذكره القدوري (رحمه الله) أجود؛ لأن النهي ليس لمعنى يرجع إلى ذاتها، بل لعارضٍ جاورها، فكان الانتفاع بها حلالاً في ذاته إلا أنه يمنع عنه لغيره؛ ثم ليس لحبسها تقدير في ظاهر الرواية؛ هكذا روي عن محمدٍ (رحمه الله) أنه قال: كان أبو حنيفة (رضي الله عنه) لا يوقت في حبسها، وقال: تُحْبَسُ حتى تطيب، وهو قولهما أيضاً.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة (عليه الرحمة) أنها تحبس ثلاثة أيام، ورَوَىٰ ابن رستم (رحمه الله) عن محمد في الناقة الجلاَّلة والشاة والبقر الجلال أنها إنما تكون جلالة إذا تفتتت وتغيَّرت ووجد منها ريحٌ منتنةٌ، فهي الجلالة حينئذٍ، لا يشرب لبنُها ولا يؤكل لحمُها، وبيعُها وهبتُها جائزٌ.

هذا إذا كانت لا تخلط ولا تأكل إلاَّ العذرة غالباً؛ فإن خلطت فليست جلالة، فلا تكره؛ لأنها لا تنتن.

ولا يكره أكل الدجاج المحلى، وإن كان يتناول النجاسة؛ لأنه لا يغلب عليه أكل النجاسة، بل يخلطها بغيرها وهو الحب يأكل ذا وذا، وقيل إنما لا يكره، لأنه لا ينتن كما ينتن الإبل، والحكم متعلقٌ بالنتن، ولهذا قال أصحابنا في جدي ارْتَضَعَ بلبن خنزير حتى كبر ـ أنه لا يكره أكله، لأَن لحمه لا يتغير ولا ينتن، فهذا يدل على أن الكراهة في الجلالة لمكان التغير والنتن، لا لتناول النجاسة؛ ولهذا إذا خلطت لا يكره، وإن وجد تناول النجاسة لأنها لا تنتن، فدل أن العبرة للنتن لا لتناول النجاسة.

والأَفضل أن تحبس الدجاج حتى يذهب ما في بطنها من النجاسة؛ لما روي أن

---

(١) ينظر التخريج السابق.

رسول الله ﷺ كَانَ يَحْبِسُ الدجاجَ ثلاثةَ أيام ثم يأكله[١]؛ وذلك على طريق التنزه، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة (عليهما الرحمة) أنهًا تحبس ثلاثة أيام؛ كأنه ذهب إلى ذلك للخبر؛ ولما ذكرنا أن ما في جوفها من النجاسة يزولُ في هذه المدة ظاهراً وغالباً، ويكره الغراب [الأبقع والغداف، وهو الغراب][٢] الأسود الكبير؛ لما روي عن عروة عن أبيه أنه سُئل عن أكل الغراب، فقال: من يأكُلُ[٣] بَعْدَ مَا سَمَّاهُ الله (تبارك وتعالى) فَاسِقاً؟ عنى بذلك قول رسول الله ﷺ: «خَمْسٌ مِنَ الْفَوَاسِقِ، يَقْتُلُهُنَّ المُحْرِمُ فِي الحِلِّ والحَرَمِ»[٤] ولأن غالب أكلها الجيف فيكره أكلها كالجلالة، ولا بأس بغراب الزرع؛ لأنه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجيف.

هكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف، قال سألتُ أبا حنيفة (عليه الرحمة) عن أكل الغراب فرخَّصَ في غراب الزرع، وكره الغداف، فسألته عن الأبقع فكره ذلك، وإن كان غراباً يخلط فيأكل الجيف ويأكل الحب لا يكره في قول أبي حنيفة (عليه الرحمة)، قال: وَإِنَّما يكره من الطير ما لا يأكل إلاَّ الجيف، ولا بأس بالعقعق لأنه ليس بذي مخلب ولا من الطير الذي لا يأكل إلاَّ الحب؛ كذا روى أبو يوسف أنه قال: سألتُ أبا حنيفة (رحمه الله) في أكل العقعق، فقال: لا بأس به، فقلت: إنه يأكل الجيف، فقال: إنه يخلِطُ، فحصل من قول أبي حنيفة أن ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كالدجاج، وقال أبو يوسف (رحمه الله): يُكْرَهُ، لأن غالب أكله الجيف.

فصل في شرط حل الأكل في الحيوان المأكول

وأما بيان شرط حل الأكل في الحيوان المأكول، فشرط حل الأكل في الحيوان المأكول البري هو الذكاة[٥]، فلا يحل أكله بدونها، لقوله (تبارك وتعالى): ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ وَالدَّمُ

---

(١) الحديث ليس له وجود بهذا اللفظ إنما الوارد عن النبي ﷺ أكل الدجاج أخرجه البخاري (٩/ ٦٤٥) كتاب الذبائح والصيد: باب لحم الدجاج حديث (٧/ ٥٥) ومسلم (٣/ ١٢٧٠) كتاب الأيمان: باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها حديث (٩/ ١٦٤) عن زهدم الجرمي قال: كنا عند أبي موسى الأشعري فأتى بلحم دجاج فتنحى رجل من القوم فقال ما لك؟ قال: إني رأيتها تأكل نتناً وحلفت أن لا آكلها فقال: «فإني رأيت رسول الله ﷺ يأكلها».

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: يأكل.

(٤) تقدم تخريجه في كتاب الحج.

(٥) أصل التذكية في الوضع: الإتمام، يقال: ذكيت النار: أتممت اشتعالها. والذكا «مقصوراً» تمام إيقاد النار. وبلغت الدابة الذكاء: أي السرج. والذكاء: تمام الفهم، وسرعة القبول.
والتذكية أيضاً: التطهير، والتطييب ذلك أصل المادة في وضع اللغة. والمناسبة ثمة قرية بينه وبين اصطلاح الفقهاء.
فذكاة الحيوان تتميم وتطهير وتطييب، ومن ذلك ما قالوه: «إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ»: إلا ما ذبحتم على التمام. =

....

= وهل الذبح إلا تطهير يفصل بين حد الميتة المحرمة، والطعام الطيب الحلال؟
وفي اصطلاح الفقهاء: هي السبب لإباحة أكل لحم حيوان غير محرم.
والحيوان غير المحرم ـ الذي لا تحل ميتته ـ نوعان: حيوان مقدور عليه، وحيوان غير مقدور عليه.
فالمقدور عليه هو: الإنسي، والوحشي إذا قدر على ذبحه بأن أمسك أو كان متأنساً.
وغير المقدور عليه هو: الوحشي، والمتوحش، والمتردي، فالوحشي: ما كان في طبيعة حياته، بعيداً عن الأنس بالإنسان: كالغزال، والطير السابح في الجو، ونحو ذلك.
والمتوحش: ما كانت طبيعة جنسه أن يسكن إلى الإنسان ويأنس به، ولكنه ندَّ وأبق وخرج عن طبيعة جنسه فصار بحيث لا يمكن ذبحه أو نحره.
وليس المراد بالتوحش مجرد الإفلات، بل متى تيسر لحوقه بِعَدْوٍ أو استعانة بمن يمسكه أو نحو ذلك فليس بمتوحش ولكنه مقدور عليه، لا يحل إلا بالذبح أو النحر.
والمتردي: ما سقط في بئر أو نحوه، بحيث لا يمكن ذبحه أو نحره، ولو ترك لنفق.
من هذا يمكن القول بأن الذكاة ذكاتان: ذكاة المقدور عليه، وذكاة غير المقدور عليه.
فذكاة غير المقدور عليه: تحصل بعقر مزهق للروح حيث كان سواء كان في فخذه أو خاصرته أو غيرهما، وسيأتي ذلك إن شاء الله مفصلاً.
أما ذكاة المقدور عليه من الحيوان فهي: التذفيف بقطع جميع الحلقوم والمريء من حيوان فيه حياة مستقرة، بآلة ليست عظماً ولا ظفراً.
ويحسن بنا قبل أن نتكلم عن مشروعية الذكاة في الشريعة الإسلامية أن نمهد للحديث بموجز عن تاريخ الذبح وتطوره منذ أقدم عصور التاريخ.
أول ما نقل إلينا من تاريخ الذبائح ذبيحة هابيل التي قربها قرباناً إلى الله تعالى: إن صح أن قربانه كان ذبيحة، وقد قص الله تعالى علينا في القرآن الكريم قوله: ﴿واتل عليهم نبأ ابني آدم بالحق إذ قربا قربانا فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر﴾ فقيل إن قربان قابيل كان ثمراً من ثمرات الأرض، وقربان هابيل كان ذبيحة من أبكار غنمه.
وفي القرآن الكريم أن سيدنا إبراهيم عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام فدى ولده بذبح عظيم. وفيما قص الله على رسوله ﷺ من أخبار الأمم الخالية قصة ناقة ثمود. يروي أصحاب السير أنهم حين عقروها تقاسموا لحمها فاتخذوا منه طعاماً وفي التوراة التي يتوارثها المتأخرون من بني إسرائيل أن الله أمر إبراهيم عليه السلام أن يذبح عجلة وعنزاً وكبشاً.
وأمر بقرة بني إسرائيل معلوم ثابت بنص الكتاب.
وإلى جانب ما ذكرنا من هذه الذبائح التاريخية كانت ثمة تقاليد كثير من الأمم السالفة فيما يقدمونه من قرابين إلى معبوداتهم وأكثرها ذبائح، وما يزال أمرها مشتهراً إلى اليوم بين كثير من الوثنيين في أغفال الأرض ومهما يكن من أمر فقد اهتدى الإنسان بفطرته منذ خلق إلى ضرورة ذبح الحيوان؛ لاتخاذه طعاماً إلا أن طائفاً ألم ببعض الرؤوس في بعض عصور الوثنية فنشأت طائفة من الفلاة تستنكر إزهاق روح الحيوان لاتخاذه طعاماً، وزعموا أن في ذلك لوناً من التعذيب لا يتفق مع سمو الإنسانية.
نقل إلينا ذلك كثير من المفسرين عند تفسير قوله تعالى: ﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام﴾.
قال صاحب روح المعاني: في الآية رد على المجوس فإنهم حرموا ذبائح الحيوانات وأكلها؛ =

....

= قالوا: ..... لأن ذبحها إيلام والإيلام قبيح، خصوصاً إيلام من بلغ في العجز إلى حيث لا يقدر أن يدفع عن نفسه والقبيح لا يرضى به الإله الرحيم الحكيم، وزعموا أن إيلام الحيوانات إنما يصدر من الظلمة دون النور.... ولما أشكل على البكرية من المسلمين الجواب عن هذه الشبهة على أصولهم واعتقدوا ورود الأمر بالذبح عن الله تعالى: زعموا أن البهائم لا تتألم، وكذلك الأطفال الذين لا يعقلون.

ولا يخفى أن ذلك مصادم للبديهة، ولا يقصر عن إنكار حياة المذكورين وحركاتهم وحسهم وإدراكهم.

وقال المعتزلة: لا نسلم أن الإيلام قبيح مطلقاً، بل إنما يقبح إذا لم يكن مسبوقاً بجناية ولا ملحقاً بعوض، وهاهنا الله سبحانه وتعالى يعوض هذه الحيوانات في الآخرة بأعواض شريفة، وحينئذٍ يخرج الذبح من أن يكون ظلماً.....

قالوا: والذي يدل على صحة ما قلناه ما تقرر في العقول من أنه يحسن تحمل الألم القليل لأجل المنفعة العظيمة، كما في القصد، والحجامة لطلب الصحة وكذلك القول في الذبح.

وهو مردود؛ لأن الوارد أنها تبعث ـ على قول ـ ليقتص للمظلوم منها من الظالم ثم يقال لها: «كوني ترابا» وأجاب أهل السنة: بأن الإذن في ذبح الحيوانات تصرف من الله تعالى في خالص ملكه فلا اعتراض عليه. والتحسين والتقبيح العقليان قد طوى بساط البحث فيهما في علم الكلام، وكذا القول بالنور والظلمة.

وقال بعض المحققين: لما كان الإنسان أشرف أنواع الحيوانات، وبه تمت نسخة العالم، لم يقبح عقلاً جعل شيء مما دونه، غذاء له، مأذوناً بذبحه، وإيلامه، إعتناء بمصلحته، حسبما تقتضيه الحكمة، التي لا يلحق إلى سرها طائر الأفكار.

وقال الإمام السرخسي: إن بعض العراقيين زعم أن الذبح محظور عقلاً؛ لما فيه من إيلام الحيوان. وهذا باطل؛ فقد كان رسول الله ﷺ يتناول من اللحم قبل مبعثه، ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين، لأنهم كانوا يذبحون باسم الأصنام، فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه، وما كان يفعل ما هو محظور عقلاً، كالظلم، والكذب، والسفه؛ فإنه لا يجوز أن يظن أنه فعل ذلك قط.

مما تقدم يعلم أن كلا ممن حظر الذبح أو أحله جعل مناطه العقل أو السمع، ومعلوم أن العقل والشرع. لا يحظران ما يعود على الناس بالنفع، وفي تذكية الحيوان منافع جمة؛ حيث ينتفع بأكل لحوم بعضها، وبجلود البعض الآخر في اللباس، والفراس، والزينة. وهذا غاية إكرام الله تعالى لبني آدم؛ حيث سخر له ما في الأرض جميعاً، لينتفع به في حاجاته الكثيرة، وأباح له ألذ النعم وأجلها.

ولو تركت بهيمة الأنعام من غير حل ذبحها، لنتجت وتكاثرت واستنفدت قوت الإنسان فتأكل الحرث والنسل.

أما دعوى هؤلاء: إن الذبح إيلام، والإيلام قبيح.... فيحسن بنا أن نبسط فيها ما أجمل قبل فنقول:

لسنا ننكر أن في الذبح إيلاما ما، ولكن في كثير مما يصيبنا من حوادث دنيانا آلاما، تثقل أو تخف على حسب ما يلابسها من ظروف الزمان والمكان، فالحرب إيلام، والمرض إيلام، وفي العلاج منه إيلام، وفي وضع الحامل إيلام، ولا تخلو لحظة في حياة الكائن الحي من ألم دفين يستشعره في باطنه، أو ظاهر يصرح لسانه بالشكوى منه والتوجع له. والحكم على الأشياء يختلف بقياسها إلى غيرها، والنظر في مقدماتها ونتائجها، فقد يكون الألم في وقت ما شديداً فإذا قيس إلى غيره كان شيئاً هيناً لا يعبأ به ولا يشتكي منه. =

....

= والآن فلننظر أي الألمين أخف أثراً:
ذبح الحيوان بأيسر وسيلة، أو تركه يعبث ويفسد ويزاحم الإنسان ـ سيد الكون ـ في قوته ومعاشه وداره؟
وبوجه آخر فأيهما أهون: أن يموت الحيوان ذبيحاً بشفرة ماضية، أو أن يموت الإنسان ـ سيد الكون ـ جوعان، مهزولاً، لا طاقة له بالعمل، واحتمال مشقات الحياة؟
ووجه ثالث: ما دام نظام الطبيعة القائمة أنه لا بد من آكل ومأكول، فأيما خير: أن يكون الإنسان آكلاً أو مأكولاً؟
على أننا لو توسعنا في تلك القاعدة التي يزعم بها أولئك: إن في الذبح إيلاماً، وإن الإيلام قبيح.... لو توسعنا في هذه القاعدة، لجاز لقائل من بعد أن يقول: إن النبات كائن حي ـ وإن لكذلك ـ وإن في قطعة إيلاما، وإن في أكله إيلاماً، وإن الإيلام قبيح...
وماذا بعد ذلك إلا أن يقال: ما أقبح أن يؤكل النبات وهل توقد النار إلا من الحطب؟ فمن أين لنا النار والحرارة والدفء إن نحن أشفقنا على الغصن اليابس والهشيم الجاف.
ويقول أبو العلاء المعري:

خفف الوطء فما أظن أديم الـ   أرض إلا من هذه الأجساد

وأبو العلاء حرم اللحم حياته، فمن له وقد أشفق على الحيوان أن يأكله آكل، وعلى تراب الأرض أن يطأه واطىء. من له أن يعلم.... أو من لي بأن أعلم: أين تراب الأجساد من عهد نوح، هل هو إلا ذرات متطايرة في الهواء، أو لبنة من لبنات قائمة في بناءه، أو كومة من سماء في أصل نبات.
ألا إن قانون الطبيعة صارم، فما دامت في الدنيا نار ونور فلا بد من حطب يشتعل وندع بعد ذلك كلا لدعواه، فليزعم من يزعم أن الحيوان قد ذبح جزاء على ما قدم من عمل، أو أنه مجزى على هذه التضحية في الآخرة، فسواء كان هذا أو ذاك، وسواء أكان يحس أم لا، فليس يعنينا شيء من ذلك ما دامت هذه شريعة الكون الذي برأه الله تعالى ورتب له نظامه على قدر منه وتدبير حكيم. هذا وقد ثبتت مشروعية التذكية بالكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول.
فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾.
ووجه الدلالة أن حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد حرم الله تعالى الميتة وما عطف عليها ثم استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالاً.
ومنه قوله تعالى: ﴿أحلم لكم الطيبات﴾ وقد تقدم من معاني التذكية «التطييب» فالمذكى من الطيبات.
ومنه قوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ وأدنى درجات صفة الأمر الإباحة. وقال تعالى: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾ جعل التحريم مغيا بغاية فاقتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية.
ومن السنة ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعث بُديْل بن ورقاء يصيح في فجاج منى «ألا إن الذكاة في الحلق واللبة».
ومنها ما روي عن أبي ثعلبة الخشني أنه جاء إلى رسول الله ﷺ وقال: «يا رسول الله إنا بأرض صيد أصيد بقوسي، وأصيد بكلبي المعلم، وأصيد بكلبي الذي ليس بمعلّم فأخبرني ماذا يصلح لي فقال عليه الصلاة والسلام: «أما ما ذكرت أنكم بأرض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك المعلّم وذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلّم فأدركت ذكاته فكل» إلى =

ـ إلى قوله (عز شأنه) ـ ﴿وَمَا أَكَلَ السَّبعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة:٣] استثنى (سبحانه وتعالى) المذكى[١] من المحرم، والاستثناء من التحريم إباحةٌ.

ثم الكلام في الذكاة في الأصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الذكاة، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان ما يستحب من الذكاة وما يكره منها [أما الأول][٢].

فالذكاة نوعان: اختيارية، وضرورية.

أما الاختياريةُ: فركنها الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما، والنحر فيما ينحر، وهو الإبل عند القدرة على الذبح، والنحر لا يحل بدون الذبح والنحر، لأن الحرمة في الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح، وأنه لا يزول إلا بالذبح، والنحر، ولأن الشرع إنما ورد بإحلال الطيبات؛ قال الله (تبارك وتعالى) ﴿يَسْئَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة:٤] وقال (سبحانه وتعالى): ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] ولا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر؛ ولهذا حرمت الميتة؛ لأن المحرم وهو الدم المسفوح فيها قائمٌ؛ ولذا لا يطيب مع قيامه؛ ولهذا يفسد في أدنى مدة ما يفسد في مثلها المذبوح؛ وكذا المنخنقة[٣] والموقوذة[٤] ....

= غير ذلك من أحاديث تأتي في مواضعها إن شاء الله تعالى.

وقد انعقد الإجماع في كافة العصور على إباحة التذكية لم يخالف في ذلك أحد من المسلمين.

أما المعقول: فقد سبق أن اللحم عنصر ضروري في غذاء الإنسان وذلك لاشتماله على عناصر أساسية منها المواد الزلالية والمواد الدهنية فإذا خلا منهما أو من أحدهما الطعام كان غذاء ناقصاً.

فلا بد إذاً أن يتخذ الحيوان طعاماً ولا وسيلة إلى ذلك إلا بتذكيته، فالتذكية تحصل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمي فيكون ذلك سبباً مباحاً. هذا وقد اختلفت الأمم في الوسيلة التي يزهق بها الحيوان قبل أكله، ولا يزال كثير من أهل الديانات الأخرى يخالفون الإسلام في وسيلته، فلماذا آثر الشارع الإسلامي ـ في الأحوال الطبيعية ـ أن تكون الذكاة في الحلق أو اللبة؟

هنا مناط العقل وحكمة التشريع وفي هذا إبطال لما يدعيه عرابيد اليوم وكفرة أوروبا. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة، وينظر: حكمة التشريح وفلسفة للجرجاوي ٢٨٦، وروح المعاني (٦/ ٤٥)، نهاية الأرب جـ ١٣ ص ٨٢.

(١) في ط: الذكي.

(٢) سقط في ط.

(٣) هي التي تموت خنقاً، وهو حبس النفس سواء فعل بها ذلك آدميّ أو اتفق لها ذلك في حبل أو بين عودين أو نحوه. وذكر قتادة: أن أهل الجاهلية كانوا يخنقون الشاة وغيرها فإذا ماتت أكلوها؛ وذكر نحوه ابن عباس. ينظر: القرطبي (٣/ ٢٠٤٥).

(٤) الموقوذة هي التي ترمى أو تضرب بحجر أو عصا حتى تموت من غير تذكية؛ عن ابن عباس والحسن وقتادة والضحاك والسدي؛ يقال منه: وَقَذَه يَقِذُه وَقْذاً وهو وَقِيذٌ. والوَقْذِ شِدّة الضرب، وفلان وَقِيذ أي =

والمتردية[1] والنطيحة[2] لما قلنا.

والذبح هو: فَرْيُ الأوداج، ومحله ما بين اللَّبَّةِ واللحيين؛ لقول النبي (عليه الصلاة والسلام): «الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبةِ واللَّحْيَةِ»[3] أي: محل الذكاة ما بين اللبة واللحيين، وروي

= مثخن ضرباً. قال قتادة: كان أهل الجاهلية يفعلون ذلك ويأكلونه. وقال الضحاك: كانوا يضربون الأنعام بالخشب لآلهتهم حتى يقتلوها فيأكلوها، ومنه المقتولة بقوس البندق. وقال الفرزدق:

شَغَّارَة تَقِذ الفصيلَ برجلها ... فَطَّارةٌ لِقَوَادِمِ الأَبْكَارِ

وفي صحيح مسلم عن عديّ بن حاتم قال: قلت يا رسول الله فإني أرمي بالمِعْراض الصيد فأصيب؛ فقال: «إذا رميت بالمِعراض فَخَزَق فكُلْه وإن أصابه بِعرضه فلا تأكله» وفي رواية «فإنه وقِيذ». قال أبو عمر: اختلف العلماء قديماً وحديثاً في الصيد بالبُنْدُق والحجر والمِعراض؛ فمن ذهب إلى أنه وَقِيذ لم يُجزه إلا ما أدرك ذكاته؛ على ما روي عن ابن عمر، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأصحابه والثوريّ والشافعي. وخالفهم الشاميون في ذلك؛ قال الأوزاعيّ في المِعراض؛ كُلْهُ خَزَق أو لم يَخْزِق؛ فقد كان أبو الدّرداء وفَضَالة بن عبيد وعبد الله بن عمر ومكحول لا يرون به بأساً؛ قال أبو عمر: هكذا ذكر الأوزاعيّ عن عبد الله بن عمر، والمعروف عن ابن عمر ما ذكره مالك عن نافع عنه. والأصل في هذا الباب والذي عليه العمل وفيه الحجة لمن لَجَأ إليه حديثُ عديّ بن حاتم وفيه «وما أصاب بعَرْضه فلا تأكله فإنما هو وَقِيذ». ينظر: القرطبي (٣/ ٢٠٤٥ ـ ٢٠٤٦).

(١) المتردية هي التي تتردى من العلو إلى السفل فتموت؛ كان ذلك من جبل أو في بئر ونحوه؛ وهي متفعِّلة من الردي وهو الهلاك؛ وسواء تردَّت بنفسها أو ردّاها غيرها. وإذا أصاب السهم الصيد فتردّى من جبل إلى الأرض حرم أيضاً؛ لأنه ربما مات بالصدمة والتردّي لا بالسهم؛ ومنه الحديث «وإن وجدته غريقاً في الماء فلا تأكله فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك» أخرجه مسلم. وكانت الجاهلية تأكل المتردّي ولم تكن تعتقد ميتة إلا ما مات بالوجع ونحوه دون سبب يعرف؛ فأما هذه الأسباب فكانت عندها كالذكاة؛ فحصر الشرع الذكاة في صفة مخصوصة على ما يأتي بيانها، وبقيت هذه كلها ميتة، وهذا كله من المُحْكَم المتفق عليه. وكذلك النطيحة وأكيلة السبع التي فات نَفَسها بالنَّطح والأكل. ينظر: القرطبي (٣/ ٢٠٤٦).

(٢) النطيحة فعِيلة بمعنى مفعولة، وهي الشاة تنطحها أخرى أو غير ذلك فتموت قبل أن تُذَكّى. وتأول قوم النطيحة بمعنى الناطحة؛ لأن الشاتين قد تتناطحان فتموتان. وقيل: نطِيحة ولم يقل نطِيح، وحق فعِيل لا يذكر فيه الهاء كما يقال: كَفٌّ خَضِيب ولِحية دَهِين؛ لكن ذكر الهاء ههنا لأن الهاء إنما تحذف من الفعِيلة إذا كانت صفة لموصوف منطوق به؛ يقال: شاة نطيح وامرأة قتيل، فإن لم تذكر الموصوف أثبت الهاء فتقول: رأيت قتيلة بني فلان وهذه نطيحة الغنم؛ لأنك لو لم تذكر الهاء فقلت: رأيت قتيل بني فلان لم يعرف أرجل هو أم امرأة. ينظر: القرطبي: (٣/ ٢٠٤٦).

(٣) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٨٥) وقال: غريب بهذا اللفظ.

وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٨٣) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٧٨) من طريق سعيد بن سلام العطار عن عبد الله بن بديل الخزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: ألا إن الذكاة في الحلق واللبة.

قال الزيلعي (٤/ ١٨٥): قال في التنقيح: هذا إسناد ضعيف بمرة وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به وكذبه ابن نمير وقال البخاري: يذكر بوضع الحديث وقال الدارقطني: يحدث بالأباطيل متروك.

الذكاة في الحلق واللبة، والنحر: فري الأوداج، ومحله آخر الحلق، ولو نحر ما يذبح وذبح ما ينحر يحل؛ لوجود فري الأوداج، ولكنه يكره؛ لأن السنة في الإبل النحر، وفي غيرها الذبح؛ ألاَ ترى أن الله (تعالى) ذكر في الإبل النحر، وفي البقر والغنم الذبح، فقال (سبحانه وتعالى): ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ﴾ [الكوثر:٢] قيل في التأويل أي: انحر الجزور، وقال الله (عزَّ شأنه): ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة:٦٧] وقال تعالى: ﴿وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات:١٠٧] والذبح بمعنى المذبوح كالطحن بمعنى المطحون، وهو الكبش الذي فدى به سيدنا إسماعيل أو سيدنا إسحاق (صلوات الله عليهما) على اختلافِ أصل القصة في ذلك، وكذا النبي (عليه الصلاة والسلام) نحر الإبل وذبح البقر والغنم، فدل أن ذلك هو السنة.

وذكر محمد (رحمه الله) في الأصل، وقال: بلغنا أن أصحاب النبي (عليه الصلاة والسلام) و(رضي عنهم) كانوا ينحرون الإبل قياماً معقولةَ اليدِ اليسرى، فدل ذلك على أن النحر في الإبل هو السنة؛ لأن الأصلَ في الذكاة إنما هو الأسهل على الحيوان، وما فيه نوع راحة له فهو أفضل؛ لما روي عن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»[١] والأسهل في الإبل النحر لخلو لبتها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من خلفها، والبقر والغنم جميع حلقها لا يختلف.

فإن قيل: أليس إنه روي عن جابر (رضي الله عنه) أنه قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنةَ عن سبعة، والبقرة عن سبعة، أي: ونحرنا البقرة عن سبعة؛ لأنه معطوف على الأول، فكان خبر الأول خبراً للثاني؛ كقولنا جاءني زيد وعمرو، فالجواب أن الذبح مضمر فيه،

---

(١) أخرجه مسلم (٣/١٥٤٨) كتاب الصيد والذبائح، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة، حديث (٥٧/١٩٥٥) والطيالسي (١/٣٤١ ـ ٣٤٢) كتاب الصيد والذبائح، باب ما جاء في نحر الإبل وذبح غيرها، حديث (١٧٤٠) وأحمد (٤/١٢٣، ١٢٤، ١٢٥) وأبو داود (٣/٢٤٤) كتاب الأضاحي، باب في النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة، حديث (٢٨١٥) والترمذي (٤/٢٣) كتاب الديات، باب ما جاء في النهي عن المثلة، حديث (١٤٠٩) والنسائي (٧/٢٢٩) كتاب الضحايا، باب حسن الذبح وابن ماجه (٢/١٠٥٨) كتاب الذبائح، باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح حديث (٣١٧٠) وابن الجارود ص (٣٠١): باب ما جاء في الذبائح، حديث (٨٩٩) والدارمي (٢/٨٢) كتاب الأضاحي: باب في حسن الذبيحة وعبد الرزاق (٤/٤٩٢) رقم (٨٦٠٣، ٨٦٠٤) وابن حبان (٥٨٥٣ ـ الإحسان) والطبراني في «الكبير» (٧/رقم ٧١١٤) وفي الصغير (٢/١٠٥) والسهمي في «تاريخ جرجان» (ص ـ ٣٨٦) والخطيب في «تاريخه» (٥/٢٧٨) والبيهقي (٨/٦٠) والبغوي في «شرح السنة» (٦/٢١ ـ بتحقيقنا) من طريق أبي قلابة عن أبي الأشعث عن شداد بن أوس قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله كتب الإحسان على كل مسلم فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته.

ومعناه وذبحنا البقرة على عادة العرب في الشيء إذا عطف على غيره، وخبر المعطوف عليه لا يحتمل الوجود في المعطوف، أو لا يوجد عادة أن يضمر المتعارف المعتاد؛ كما قال الشاعر: [من مجزوء الكامل]

وَلَقِيتُ زَوْجَكِ فِي الوَغَىٰ مُتَقَلِّداً سَيْفاً وَرُمْحاً[(١)]

أي: متقلداً سيفاً، ومعتقلاً رمحاً، وقال آخر: [من الرجز]

عَلَفْتُهَا تِبْناً وَمَاءً بَارِداً[(٢)]

أي: علفتها تبناً ـ وسقيتها ماءاً بارداً؛ لأن الرمح لا يحتمل التقلد أو لا يتقلد عادة، والماء لا يعلف، بل يسقى؛ كذا ههنا الذبح في البقر هو المعتاد فيضمر فيه، فصار كأنه قال: نحرنا البدنة وذبحنا البقرة، وهذا الذي ذكرنا قول عامة العلماء (رضي الله تعالى عنهم).

وقال مالك (رحمه الله): إذا ذبح البدنة لا تحل، لأن الله (تبارك وتعالى) أمر في البدنة بالنحر بقوله (عز شأنه): ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] فإذا ذبح فقد ترك المأمور به، فلا يحل.

ولنا ما روي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَفَرَىٰ الأَوْدَاجَ، فَكُلْ»[(٣)] وبه تبين أن الأمر بالنحر في البدنة ليس لعينه، بل لإنها الدم وإفراء الأوداج، وقد

---

(١) ينظر الأشباه والنظائر ٢/ ١٠٨، ٦/ ٢٣٨؛ وأمالي المرتضى ١/ ٥٤؛ والإنصاف ٢/ ٦١٢؛ وخزانة الأدب ٢/ ٢٣١، ٣/ ١٤٢، ٩/ ١٤٢؛ والخصائص ٢/ ٤٣١؛ وشرح شواهد الإيضاح ص ١٨٢؛ وشرح المفصل ٢/ ٥٠؛ ولسان العرب ١/ ٤٢٢ (رغب)، ٢/ ٢٨٧ (زجج)، ٢/ ٥٩٣ (مسح)، ٣/ ٣٦٧ (قلد)، ٨/ ٤٢ (جدع)، ٨/ ٥٧ (جمع)، ١٥/ ٣٥٩ (هدى)؛ والمقتضب ٢/ ٥١.

والشاهد فيه قوله: «ورمحاً» حيث نصبه بعامل محذوف تقديره: معتقلاً، لأنه لا يجوز القول: تقلَّد الرمح، ويجوز تضمين «متقلِّداً» معنى «حاملاً» حين ذاك يصح تسليطه على «رمحاً».

(٢) الخصائص ٢/ ٤٣١ وابن الشجري ٢/ ٣٢ وابن يعيش ٢/ ٨ والعيني ٣/ ١٠١ ٤/ ١٨١ والهمع ٢/ ١٣ وشرح شواهد المغني ٣١٤ وأمالي المرتضى ٢/ ٥٢٩ والأشموني ٢/ ١٤٠ والتصريح ١/ ٢٤٦.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع (٤/ ٣٧) وابن حزم (٧/ ٤٤٠) من طريق يحيى بن أيوب عن أبي أمامة قال: كانت جارية لأبي مسعود عقبة بن عمرو ترعى غنماً فعطبت منها شاة، فكسرت حجراً من المروة فذكتها، فأتت بها إلى عقبة بن عمرو فأخبرته، فقال: اذهبي بها إلى رسول الله ﷺ كما أنت. فقال لها رسول الله ﷺ: «هل أفريت الأوداج»؟ قالت: نعم، قال: «كل ما فرى الأوداج ما لم يكن قرض سن أو حزَّ ظفر».

قال ابن حزم: هذا خبر في نهاية السقوط لأن يحيى بن أيوب شهد عليه مالك بالكذب وأخبر أنه روى عنه الكذب وضعفه أحمد وغيره وهو ساقط البتة، ثم عن عبيد الله بن زحر وهو ضعيف، ضعفه يحيى وغيره ثم عن علي بن يزيد وهو متروك الحديث ثم عن القاسم أبي عبد الرحمن وهو ضعيف جداً فبطل كله. اهـ. =

وجد ذلك، ولا بأس في الحلق كله أسفله أو أوسطه أو أعلاه؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ[١]»، وقوله (عليه الصلاة والسلام): «الذَّكَاةُ فِي الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ[٢]». من غير فصلٍ، لأن المقصود إخراج الدم المسفوح وتطييب اللحم؛ وذلك يحصل بقطع الأوداج في الحلق كله.

ثم الأوداج أربعة: الحلقوم، والمريء، والعرقان اللذان بينهما الحلقوم، والمريء؛ فإذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكمالها وسننها، وإن فَرَىٰ البعض دون البعض فعند أبي حنيفة (رضي الله عنه) إذا قطع أكثر الأوداج وهو ثلاثة منها، أي ثلاثة كانت، وترك واحداً - يحل.

وقال أبو يوسف (رحمه الله): لا يحل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد العرقين.

وقال محمدٌ (رحمه الله): لا يحل حتى يقطع مِنْ كُلِّ واحد من الأربعة أكثره.

وقال الشافعي (رحمه الله): إذا قطع الحلقوم والمريء حَلَّ إذا استوعب قطعهما.

وجه قول الشافعي (رضي الله عنه) أن الذبح إزالة الحياة، والحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمريء عادةً، وقد تبقى بعد قطع الودجين؛ إذ هما عرقان كسائر العروق، والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق.

= وللحديث شاهد بلفظ: ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكلوا. أخرجه أحمد (٣/ ٤٦٣ - ٤٦٤) والبخاري (٩/ ٦٧٢) كتاب الذبائح والصيد، باب إذا أصاب القوم غنيمة..... حديث (٥٥٤٣) ومسلم (٣/ ١٥٥٨) كتاب الأضاحي. باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، حديث (٢٠/ ١٩٦٨) وأبو داود (٣/ ٢٤٧) كتاب الأضاحي باب في الذبيحة بالمروة، حديث (٢٨٢١) والترمذي (٤/ ٨١) كتاب الأحكام والفوائد، باب ما جاء في الذكاة بالقصب وغيره حديث (١٤٩١) والنسائي (٧/ ٢٢٦) كتاب الضحايا، باب من الذبح بالسن وابن ماجه (٢/ ١٠٦١) كتاب الذبائح، باب ما يذكى به، حديث (٣١٧٨) والدارمي (٢/ ٨٤) كتاب الأضاحي، باب في البهيمة، إذا ندت وعبد الرزاق (٤/ ٤٦٥ - ٤٦٦) رقم (٨٤٨١) والطيالسي (٩٦٣) وابن الجارود (٨٩٥) والحميدي (١/ ١٩٩) رقم (٤١٠) وابن حبان (٥٨٥٦ - الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٨٣) والطبراني في الكبير (٤/ ٣٢١) رقم (٤٣٨٠، ٤٣٨١، ٤٣٨٢، ٤٣٨٣، ٤٣٨٤) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ١٨ - بتحقيقنا) من طريق عباية بن رفاعة عن رافع بن خديج قال: قلت يا رسول الله إنا نلقى العدو غداً وليس معنا مُدى فقال النبي ﷺ: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً وسأحدثكم عن ذلك؛ أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة».

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

ولنا: أن المقصود من الذبح إزالة المحرم، وهو الدم المسفوح، ولا يحصل إلا بقطع الودج[١].

---

(١) ولا خلاف في أن تمام الذكاة يحصل بقطع الحلقوم، والمريء، والودجين.
واختلف الفقهاء في قطع بعض هذه العروق: فالمذهب المنصوص عند الشافعية، أنه يشترط قطع الحلقوم والمريء بكمالهما، ويسره قطع الودجين.
وبه قال «أَحْمَدُ» في أصح الروايتين عنده.
وقال أبو حنيفة: إذا قطع ثلاثة من هذه الأربعة أجزأه.
وقال مالك: يجب قطع الحلقوم، والودجين فقط.
وقال الليث، وأبو ثور، وداود: يشترط قطع الجميع.
وقال أبو يوسف: يشترط قطع الحلقوم، والمريء، وأحد الودجين. وذهب محمد (رحمه الله) إلى اشتراط قطع الأكثر من كُلِّ واحد من الأربعة.
واستدل الشافعية: بأن المقصود من الذكاة: إزهاق الروح بما يُوحِي، ولا يعذب الحيوان، وذلك يحصل بقطع الحلقوم والمريء؛ إذ لا تبقى بقطعهما حياة، وقد تبقى بعد قطع الودجين؛ لأنهما قد يسلان من الحيوان، ويعيش بدونهما. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الذكاة بنيت على التوسعة، وللأكثر حكم الكل فيما كان كذلك.
أما كون الذكاة بنيت على التوسعة؛ فلأنه يكتفي فيها بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء، وإنما اختلفوا في الكيفية وأما أن الأكثر يعطي حكم الكل فيما كان كذلك، فلما هو معلوم في أصول الشرع.
واستدل مالك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ فَكُل».
وإنهار الدم إجراؤه، وذلك لا يكون إلا بقطع الأوداج، لأنها مجرى الدم، والمريء ليس بمجرى للدم، وإنما هو مجرى الطعام.
أما وجهة من اشترط قطع الجميع؛ فلأنه قد صح تحريم الحيوان حياً حتى يذكى، وقطع هذه الأربعة ذكاة صحيحة مجتمع على تحليل ما ذكى كذلك، وكان ما دون ذلك مختلفاً فيه، فلا يخرج من تحريم إلى تحليل إلا بإجماع وهو ظاهر الضعف؛ لأن ما وقع الإجماع على إجزائه لا يلزم أن يكون شرطاً في الصحة.
ووجه قول محمد بن الحسن: أن كل واحد من الأربعة أصل بنفسه؛ لانفصاله عن غيره، وقد ورد الأمر بفريه، فيعتبر أكثر كل فرد منها؛ لحصول المقصود بذلك.
ووجه قول أبي يوسف: أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر؛ لأن الحلقوم مجرى النفس والمريء مجرى الطعام، والودجين مجرى الدم، فإذا قطع أحد الودجين، حصل بقطعه المقصود منهما، وإذا ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه، وكذا إذا ترك المريء، ولذلك اختلفا فوجب قطعهما.
هذه وجهة كل فريق على حسب ما فهم من النصوص، إذ لم يكن في النصوص سوى الأمر بإنهار الدم وفري الأوداج ومعلوم أن الأوداج جمع، وأقل الجمع ثلاث، وأن الودجين هما مجرى الدم.
فلعل أقرب الأقوال السابقة إلى النص هو: القول الذي يجتمع فيه إزهاق الروح بما يُوحي - قطع الحلقوم والمريء - مع إنهار الدم، ويكتفي فيه بقطع أحد الودجين؛ لقيام أحدهما مقام الآخر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

وجه قول محمد (عليه الرحمة): إنه إذا قطع الأكثر من كل واحد من الأربعة فقد حصل المقصود بالذبح، وهو خروج الدم؛ لأنه يخرج ما يخرج بقطع الكل.

وجه قول أبي يوسف أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر؛ لأن الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام، والودجين مجرى الدم، فإذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما، وإذا ترك الحلقوم ولم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه، ولذلك اختلفا.

ولأبي حنيفة (عليه الرحمة): أَنه قطع الأكثر من العروق الأَربعة، وللأكثر حكم الكل فيما بنى على التوسعة في أصول الشرع، والذكاة بنيت على التوسعة؛ حيث يكتفي فيها بالبعض بلا خلافٍ بين الفقهاء، وإنما اختلفوا في الكيفية، فيقام الأكثر فيها مقام الجميع، ولو ضرب عنق جزور أو بقرة أو شاة بسيفه وأبانها وسمى؛ فإن كان ضربها من قبل الحلقوم، تُؤكل وقد أساء، أما حل الآكل فلأنه أتى بفعل الذكاة، وهو قطع العروق؛ وأما الإساءة فلأنه زاد في أَلَمِهَا زيادةً لا يحتاج إليها في الذكاة، فيكره ذلك، وإنْ ضَرَبَهَا من القفا، فإن ماتت قبل القطع بأنْ ضَرَبَ على التأني والتوقف لا تؤكل؛ لأنها ماتت قبل الذكاة، فكانت ميتة، وإن قطع العروق قبل موتها تؤكل؛ لوجود فعل الذكاة وهي حية، إلاَّ أنه يكره ذلك لأنه زاد في ألمها من غير حاجةٍ، وإن أمضى فعله من غير توقف تؤكل؛ لأن الظاهر أن موتها بالذكاة.

وعلى هذا يخرج ما إذا ذبح بالمروة[1] أو بليطة[2] القصب أو بشقة العصا أو غيرها من الآلات التي تقطع ـ إنه يحل لوجود معنى الذبح وهو فَرْي الأَوداج.

وجملة الكلام فيه أن الآلة على ضربين: آلة تقطعُ، وآلةٌ تفسخ، والتي تقطع نوعان: حادةٌ، وكليلَةٌ، أما الحادة: فيجوز الذبح بها، حديداً كانت أو غير حديدٍ، والأصل في جواز الذبح بدون الحديد ما روي عن عدي بن حاتم (رضي الله عنه) أنه قال: قلتُ: يا رسولَ الله، أرأيتَ أَحَدَنَا أصاب صيداً وليس معه سكينٌ، أَيُذَكِّي بمروةٍ أو بشقة العصا؟ فقال (عليه الصلاة والسلام): «أَنْهِرَ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ وَاذْكُرِ اسْمَ اللَّهَ تَعَالَى»[3].

---

(١) المروة: حجارة بيض رقاق صلبة. المعجم الوسيط (مرو).

(٢) ليط القصب: قشره. المعجم الوسيط (ليط).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ١٠٢) كتاب الأضاحي باب في الذبيحة بالمروة حديث (٢٨٢٤) والنسائي (٧/ ١٩٤) كتاب الصيد والذبائح باب الصيد إذا انتن حديث (٤٣٠٤) وابن ماجه (٢/ ١٠٦٠) كتاب الذبائح: باب ما يذكى به حديث (٣١٧٧) وأحمد (٤/ ٢٥٦، ٢٥٨، ٣٧٧) والحاكم (٤/ ٢٤٠) كلهم من طريق سماك بن حرب عن مري بن قطري عن عدي بن حاتم به.

وروي أنَّ جارية لكعب بن مالك (رضي الله عنه) ذبحت شاةً بمروة، فسأل كعب رسولَ الله ﷺ عن ذلك فأمر بأكلها[(١)]؛ ولأنه يجوز بالحديد، والجواز ليس لكونه من جنس الحديد، بل لوجود معنى الحديد، بدليل أنه لا يجوز بالحديد الذي لا حد له، فإذا وجد معنى الحد في المروة والليطة جاز الذبح بهما؛ وَأَمَّا الكليلةُ فإن كانت تقطع يجوز لحصول معنى الذبح، لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة إليها، ولهذا أمر رسولُ الله ﷺ بتحديد الشفرة وإراحة الذبيحة؛ وكذلك إذا ذبح[(٢)] بظفر منزوع أو سن منزوع، جاز الذبح بهما ويكره.

وقال الشافعي (رحمه الله): لا يجوز، واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أَنْهَرَ الدَّم بِمَا شِئْتَ»[(٣)] إلا ما كان من سن أو ظفر، فإن الظفر مدى الحبشة، والسن عظم من الإنسان، استثنى (عليه الصلاة والسلام) الظفر والسن من الإباحة، والاستثناء من الإباحة يكون حظراً، وعلل (عليه الصلاة والسلام) بكون الظفر مدى الحبشة وكون السن عظم الإنسان، وهذا خرج مخرج الإنكار[(٤)].

---

(١) أخرجه البخاري (١١/٥٨ ـ ٥٩) كتاب الذبائح والصيد: باب ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد حديث (٥٥٠١) وأحمد (٢/ ٨٠) وابن ماجه (٢/ ١٠٦٢) كتاب الذبائح: باب ذبيحة المرأة حديث (٣١٨٢) والبيهقي (٩/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣) كتاب الضحايا باب ما جاء في ذبيحة من أطاق الذبح، من طريق نافع عن ابن كعب بن مالك عن أبيه.

(٢) في ط: جرح.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أما الذبح بالسن، والظفر، وسائر العظام، فذهب الشافعية إلى أن الذكاة لا تحصل بشيء من ذلك؛ وبهذا قال النخعي، والحسن بن صالح، والليث بن سعد، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وفقهاء الحديث، وجمهورة العلماء. وقال أبو حنيفة، وأصحابه: لا يجوز بالسن والظفر المتصلين ويجوز بالمنفصلين.

وعند المالكية يجوز بالعظم إذا كان محدداً.

واختلفوا في السن، والظفر:

فقيل: لا يجوز مطلقاً؛ كمذهب الجمهور.

وقيل: يجوز بالمنفصلين؛ كمذهب أبي حنيفة.

وقيل: يجوز مطلقاً مع الكراهة.

استدل الجمهور بالمنقول والمعقول.

أما المنقول: فما روي عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال: قُلْتُ: يَا رَسُولَ ٱللَّهِ لاَقُوا العَدُوِّ غَداً، وَلَيْسَتْ مَعَنَا مُدًى، أَفَنَذْبَحُ بِالْقَصَبِ؟ فَقَالَ رَسُولُ ٱللَّهِ ﷺ: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلُوا، لَيْسَ السِّنُّ وَالظُّفُرُ، وَسَأُحَدِثُكُمْ عَنْ ذَلِكَ، أَمَّا السِّنُّ فَعَظْمٌ، وَأَمَّا الظُّفُرُ فَمُدى الْحَبَشَةِ» ووجه الدلالة أن النبي ﷺ استثنى السن والظفر من الآلات المباحة والمستثنى من المباح يكون محظوراً وقد أطلق في السن والظفر، فيتناول: المتصل، والمنفصل، ويلحق بهما سائر العظام من بيان النبي ﷺ العلة في قوله: «أما=

وَلَنا أنه لما قطع الأَوداج فقد وجد الذبح بهما، فيجوز كما لو ذبح بالمروة وليطة القصب.

وأما الحديثُ فالمراد [منه][1] السن القائم والظفر القائم؛ لأن الحبشة إنما كانت تفعل ذلك لإِظهار الجلادة، وذاك بالقائم لا بالمنزوع.

والدليل عليه أنه روي في بعض الروايات: «إِلاَّ مَا كَانَ قَرضاً بِسِنٍّ أَوْ خَزاً بِظُفْرٍ» والقرض إِنَّما يكون بالسن القائم.

وأما الآلة التي تفسخ فالظفر القائم والسن القائم، ولا يجوز الذبح بهما بالإِجماع، ولو

= السن فعظم» أي: نهيتكم عنه لكونه عظماً، فكل ما صدق عليه اسم العظم: لا تجوز الذكاة به، ولعله كان قد تقرر عندهم أن الذكاة لا تحصل بالعظم والحكمة في ذلك ـ كما قال النووي ـ أن العظم ينجس بالدم، وقد نهينا عن تنجيسه؛ لأنه زاد الجن؟.
وقوله عليه الصلاة والسلام: «وَأَمَّا الظُّفْرُ فَمُدى الْحَبَشَةِ» أي: وهم كفار، وقد نهيتهم عن التشبه بهم.
ولا يرد أن الحبشة تذبح بالسكين أيضاً، ولو كان كذلك لامتنع الذبح بها أيضاً، وامتنع بسائر ما يذبح به الكفار، لأن الذبح بالسكين هو الأصل، وهو غير مختص بالحبشة وروي عن الشافعي أنه قال: السن إنما يذكى بها إذا كانت متنزعة، فأما وهي ثابتة فلو ذبح بها لكانت منخنقة، فدل على عدم جواز التذكية بالسن المنتزعة.
وأما الظفر، فلو كان المراد به ظفر الإنسان: لقال فيه ما قال في السن لكن الظاهر أنه أراد به الظفر الذي هو: طيب من بلاد الحبشة، وهو لا يقوى، فيكون في معنى الخنق.
أما المعقول: فلأن الذكاة فعل مشروع، وإنهار الدم بالسن والظفر غير مشروع، فلا يكون ذكاة.
واستدل الحنفية بالمنقول والمعقول كما يفهم من كلام صاحب البدائع.
أما المنقول: فما أخرجه أبو داود من حديث عدي بن حاتم: «أَفْرِ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ».
وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع من السن، والظفر وغيره المنزوع. غير أنهم تركوا غير المنزوع، بما روي من حديث رافع بن خديج السابق، فالمراد به غير المنزوع، لأن الحبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفرهم قبل النزع.
وذكر في بعض الروايات: «مَا خَلاَ الَعضَّ بالسِّنِّ وَالْقَرْصَ بِالظُّفْرِ».
والعض والقرص: إنما يتحقق في غير المنزوع عادة.
وقد استدل بعموم هذا الحديث «أَفْرِ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ» من أجاز الذبح بالسن والظفر مطلقاً، كما روي عن مالك.
لكن عمومه مخصوص بالنهي الوارد في حديث رافع بن خديج المتقدم.
أما المعقول: فلأن الذبح بالمتصلين يشبه الخنق، وبالمنزوعين يشبه الآلة المستقلة من حجر وخشب ونحو ذلك. هذه أدلة الجميع، والناظر إليها يرى: أن حديث رافع بن خديج الصحيح يقتضي عدم جواز الذبح بالسن والظفر مطلقاً. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

(١) سقط في ط.

ذبح بهما[١] كان ميتة؛ للخبر الذي روينا، ولأن الظفر والسن إذا لم يكن منفصلاً، فالذابح يعتمد على الذبيح فيختنق وينفسخ، فلا يحل أكله حتى قالوا: لو أخذ غيره يَدَهُ فأمر يده كما أمر السكين وهو ساكت، يجوز ويحل أكله.

وعلى هذا يخرج الجنين إذا خرج بعد ذبح أمه [أنه] إن خرج حَيًّا فذكى يحل[٢]؛ وإن

(١) في ط: ذبحهما.

(٢) أجمع أهل العلم على أن الجنين إذا خرج حياً، لا بد من تذكيته كتذكية غيره.
واختلفوا فيما إذا ذكيت الأم وفي بطنها جنين، فمات بتذكيتها.
فذهب الشافعية إلى أن الحيوان المأكول إذا ذكي، فخرج من جوفه جنين ميت، أو كانت حياته كحياة المذبوح حل، سواء أشعر أم لا.
وروي هذا عن عمر، وعلي، وبه قال سعيد بن المسيب، والنخعي، وأحمد، وإسحاق، وابن المنذر، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة.
وقال ابن عمر: ذكاته ذكاة أمه، إذا أشعر نبت شعره.
روي ذلك عن عطاء، وطاوس، ومجاهد، والزهري، والحسن، وقتادة، ومالك، والليث، وأبي ثور.
وقال أبو حنيفة: لا يحل، إلا أن يخرج حيًّا فيذكى. وهو قول: زفر، والحسن بن زياد، وإليه ذهب ابن حزم.
استدل الشافعية ومن وافقهم بالمنقول والمعقول:
أما المنقول: فما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: قلنا يا رسول الله: ننحر الناقة، ونذبح البقرة، والشاة، فنجد في بطنها، الجنين، أنلقيه أم نأكله؟ فقال: «كلوه إن شئتم؛ فإن ذكاته ذكاة أمه» رواه أحمد وأبو داود.
أباح لهم الرسول ﷺ أكله معللاً بأن ذكاة الأم ذكاة له، فالذكاة التي أحلتها، أحلته تبعاً لها؛ لأنه جزء من أجزائها.
وقد صحح هذا الحديث ابن حبان، وابن دقيق العيد، وقال الترمذي: حديث حسن، وقد روي من غير هذا الوجه عن أبي سعيد، قال: والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم. والرواية، بالرفع في «ذكاة أمه» تقديره ذكاة الجنين حاصلة بذكاة أمه.
قال الشوكاني وغيره: «ويؤيد رواية الرفع أنه روي بلفظ: «ذكاة الجنين في ذكاة أمه» أي كائنة أو حاصلة في ذكاة أمه.
وروي «ذكاة الجنين بذكاة أمه» والباء للسببية: أي أن ذكاته، حصلت بسبب ذكاة أمه.
وفي شرح الموطأ للزرقاني: أنه روى «بالنَّصب» على الظرفية كجئت طلوع الشمس: أي وقت طلوعها: أي «ذكاته حاصلة» وقت ذكاة أمه قال الخطابي وغيره، ورواية الرفع هي المحفوظة. ثم قال: ومن بعيد التأويل قول أبي حنيفة: «المعنى على التشبيه» أي مثل ذكاتها أو كذكاتها» فيكون المراد: الحي؛ لحرمة الميت عنده.
ووجه بعده ما فيه من التقدير المستغنى عنه، ومن ثم وافق صاحباه مالكاً؛ لأن التقدير: أن يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه. ففيه حذف الموصول وبعض الصلة، وهو: أن والفعل بعدها، وهو لا يجوز، وفيه تكثير الإضمار وهو خلاف الأصل. =

مات قبل الذبح لا يؤكل بلا خلاف، وإن خرج ميتاً، فإن لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضاً في قولهم جميعاً؛ لأنه بمعنى المضغة.

= فرواية النصب إما على الظرفية كما مر أو على التوسع نحو «واختار موسى قومه سبعين رجلاً لميقاتنا» أي ذكاته في ذكاة أمه، وكل منهما أولى؛ لقلة الإضمار واتفاقه مع: رواية الرفع. وإلا نقص كل واحد منهما الآخر .اهـ. وقال صاحب سبل السلام: إنه لا يخفى أن تأويلهم هذا إلغاء للحديث عن الإفادة؛ فإنه معلوم أن زكاة الحي من الأنعام ذكاة واحدة من جنين وغيره .اهـ. وذكر الحديث مع القصة على ما سبق «ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة. . . الحديث» يبطل هذا التأويل؛ لأن الرسول أمرهم بأكله وأخبر أن ذكاة أمه ذكاة له وأما رد أبي حنيفة لهذا الحديث بأنه مخالف للأصول وهو تحريم الميتة.

فأجاب عنه ابن القيم بقوله: الذي جاء على لسانه تحريم الميتة هو الذي أباح الأجنة المذكورة، فلو قد رأتها ميتة، لكان استثناؤها بمنزلة استثناء السمك والجراد من الميتة، فكيف وليست بميتة، فإنها جزء من أجزاء الأم، والذكاة قد أتت على جميع أجزائها، فلا يحتاج إلى أن يفرد كل جزء منها بذكاة، فهذا هو مقتضى الأصول الصحيحة لو لم ترد السنة بالإباحة، فكيف وقد وردت بالإباحة الموافقة للقياس والأصول .اهـ.

أما المعقول: فلأن الجنين لا يمكن ذبحه، فجعل ذكاة الأم ذكاة له قياساً على الصيد.

ولأنه لو لم يحل بذكاة أمه لحرم ذكاتها مع ظهور الحمل كما لا تقتل الحامل قودا.

واستدل مالك رحمه الله بما رواه أحمد بن عصام عن مالك عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: «إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه».

لكن قال الخطيب: تفرد به أحمد بن عصام وهو ضعيف.

استدل أبو حنيفة رحمه الله بالمنقول والمعقول.

أما المنقول فقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾.

وجه الدلالة أن الجنين ميتة لأنه لا حياة فيه والميتة ما لا حياة فيها، فيدخل تحت النص.

فإن قيل: الميتة اسم لزائل الحياة، فلزم تقدم الحياة وهذا لا يعلم في الجنين.

أجيب: بأن سبق الحياة ليس شرطاً فيما يطلق عليه اسم الميت.

وقد قال تعالى: ﴿وكنتم أمواتاً فأحياكم﴾.

ولقد سلمنا سبق الحياة فيما يطلق عليه ميت، فالجنين لا يحل أكله؛ لأنه يحتمل أنه كان حياً ومات بسبب ذبح الأم ويحتمل أنه لم يكن حياً فيحرم احتياطاً.

قال الشوكاني: والاستدلال بهذه الآية من ترجيح العام على الخاص، وقد تقرر في الأصول بطلانه.

أما المعقول: فلأن الجنين أصل في الحياة، فلا بد أن يكون أصلاً في الذكاة.

أما كونه أصلاً في الحياة، فلأنه يتصور بقاؤه حياً بعد ذبح أمه، وإذا كان أصلاً في الحياة. يكون أصلاً في الذكاة إذ ذكاة نفس، لا تكون ذكاة نفسين.

قال ابن المنذر: وفي قول النبي ﷺ «ذكاة الجنين ذكاة أمه» دليل على أن الجنين غير الأم. وأبو حنيفة يقول: لو أعتقت أمة حامل: «إن عتقه عتق أمه». وهذا يلزم أن ذكاته ذكاة أمه؛ لأنه إذا أجاز أن يكون عتق واحد عتق اثنين، جاز أن يكون ذكاة واحد ذكاة اثنين.

على أن الخبر عن النبي ﷺ وما جاء عن أصحابه وما عليه جل الناس، مستغنى به عن كل قول. والله أعلم. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة، وينظر: إعلام الموقعين (٢/ ٤١٣).

وإن كان كامل الخلق، اختلف فيه، قال أبو حنيفة (رضي الله عنه): لا يؤكل، وهو قول زفر والحسن بن زياد (رحمهم الله).

وقال أبو يوسف ومحمدٌ والشافعيُّ (رحمهم الله): لا بأس بأكله، واحتجوا بقول النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) [ذكاة الجنين ذكاة أمه؛ أي][١] ذَكَاةُ الجَنِينِ بِذَكَاةِ أُمِّهِ[٢] فيقتضي أنه يتذكى بذكاة أمه، ولأنه تبع لأمه حقيقةً وحكماً.

---

(١) سقط في ط.

(٢) ورد هذا الحديث عن جماعة من الصحابة وهم: أبو سعيد الخدري، جابر بن عبد الله، أبو هريرة، عبد الله بن عمر، كعب بن مالك، أبو ليلى، أبو أيوب الأنصاري، عبد الله بن مسعود، علي بن أبي طالب، عبد الله بن عباس، أبو الدرداء، أبو أمامة.
حديث أبي سعيد:
أخرجه أحمد (٣/ ٣١) وأبو داود (٣/ ٢٥٢) كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين حديث (٢٨٢٧) والترمذي (٤/ ٧٢) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في ذكاة الجنين حديث (١٤٧٦) وابن ماجه (٢/ ١٠٦٧) كتاب الذبائح: باب ذكاة الجنين ذكاة أمه حديث (٣١٩٩) وعبد الرزاق (٤/ ٥٠٢) رقم (٨٦٥٠) وابن الجارود (٩٠٠) وأبو يعلى (٢/ ٢٧٨) رقم (٩٩٢) والدارقطني (٤/ ٢٧٢) كتاب الصيد والذبائح والأطعمة رقم (٢٦، ٢٨) والبيهقي (٩/ ٣٣٥) كتاب الضحايا، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٢٨ ـ بتحقيقنا) من طريق مجالد بن سعيد بن أبي الوداك عن أبي سعيد به.
وقال الترمذي: حديث حسن.
وقال ابن حزم في المحلى (٧/ ٤١٩): مجالد وأبو الوداك ضعيفان. قلت: وفي كلاهما نظر.
فأما قول الترمذي حديث حسن فليس بحسن أو لعله أراد لغيره لمتابعة يونس بن أبي إسحاق لمجالد بن سعيد. فإن مجالد بن سعيد معروف بالضعف.
أما قول ابن حزم فمردود أيضاً فتضعيفه لمجالد مقبول أما تضعيفه لأبي الوداك ففيه نظر.
قال الحافظ في «التلخيص» (٤/ ١٥٦): وأما أبو الوداك فلم أر من ضعفه وقد احتج به مسلم وقال يحيى بن معين: ثقة. اهـ.
فهذا السند ضعيف لضعف مجالد لكنه تويع تابعه يونس بن أبي إسحاق عن أبي الوداك به.
أخرجه أحمد (٣/ ٣٩) وابن حبان (١٠٧٧ ـ موارد) والدارقطني (٤/ ٢٧٤) كتاب الصيد والذبائح والأطعمة حديث (٣٠) والبيهقي (٩/ ٣٣٥) كتاب الضحايا، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة كلهم من طريق يونس بن أبي إسحاق عن أبي الوداك عن أبي سعيد به وصححه ابن حبان.
وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٨٩): قال المنذري: إسناده حسن ويونس وإن تكلم فيه فقد احتج به مسلم في صحيحه وصححه أيضاً ابن دقيق العيد كما في «تلخيص الحبير» (٤/ ١٥٧) وللحديث طريق آخر عن أبي سعيد.
أخرجه أحمد (٣/ ٤٥) وأبو يعلى (٢/ ٤١٥) رقم (١٢٠٦) والطبراني في «المعجم الصغير» (١/ ٨٨، ١٦٨) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ٤١٢) من طريق عطية العوفي عن أبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ: ذكاة الجنين ذكاة أمه. وعطية العوفي فيه ضعف. =

....

= حديث جابر:
يرويه أبو الزبير عنه، وله طرق عن أبي الزبير. فأخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٣) كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين حديث (٢٨٢٨) والدارمي (٢/ ٨٤) كتاب الأضاحي: باب في ذكاة الجنين ذكاة أمه والحاكم (٤/ ١١٤) وأبو نعيم في «الحلية» (٩/ ٢٣٦) من طريق عتاب بن بشير عن عبيد الله بن أبي زيادة القداح عن أبي الزبير به.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.
وأخرجه الحاكم (٤/ ١١٤) وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٣٢٠) والبيهقي (٩/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥) من طريق الحسن بن بشر عن زهير بن معاوية عن أبي الزبير به.
قال ابن عدي: وهذا حديث زهير عن أبي الزبير لم يرويه غير الحسن.
وأسند عن النسائي قال: ليس بالقوي.
وقال الحاكم: تابعه من الثقات عبيد الله بن أبي زياد القداح. وهو الطريق الأول.
وأخرجه أبو يعلى (٣/ ٣٤٣) رقم (١٨٠٨) من طريق حماد بن شعيب عن أبي الزبير به بلفظ: ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا أشعر وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٨) وقال: رواه أبو يعلى وفيه حماد بن شعيب وهو ضعيف ـ رواه أبو داود خلا قوله: إذا أشعر وأخرجه أبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٩٢) من طريق إسحاق بن عمرو ثنا معاوية بن هشام ثنا سفيان ـ الثوري ـ عن أبي الزبير به وقال أبو نعيم: تفرد به معاوية عن الثوري وعنه إسحاق.
وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧٣) كتاب الصيد والذبائح والأطعمة حديث (٢٧) من طريق ابن أبي ليلى عن أبي الزبير به.
حديث أبي هريرة:
أخرجه الحاكم (٤/ ١١٤) والسهمي في «تاريخ جرجان» (ص ـ ٣٧٧) رقم (٦٢٩) من طريق عبد الله بن سعيد المقبري عن جده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».
وقال الحاكم: وقد روي بإسناد صحيح عن أبي هريرة ثم أخرجه وتعقبه الذهبي فقال: عبد الله هالك.
وللحديث طريق آخر عن أبي هريرة:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧٤) من طري عمر بن قيس عن عمرو بن دينار عن طاوس عن أبي هريرة به.
وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٩٠) وقال: قال عبد الحق لا يحتج بإسناده وقال ابن القطان: وعلته عمرو بن قيس وهو المعروف بسندل فإنه متروك .اهـ.
حديث ابن عمر:
أخرجه الحاكم (٤/ ١١٤) من طريق محمد بن الحسن الواسطي عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ: ذكاة الجنين إذا أشعر ذكاة أمه ولكنه يذبح حتى ينصب ما فيه من الدم. ومن هذا الطريق أخرجه ابن حبان في «المجروحين» (٢/ ٢٧٥) وقال محمد بن الحسن من أهل واسط يروي عن محمد بن إسحاق روى عنه أهل بلده يرفع الموقوف ويسند المراسيل روى عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ. . . . . وذكر الحديث. وقال: إنما هو موقوف من قول ابن عمر.
وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٩٠): ورجاله رجال الصحيح وليس فيه غير ابن إسحاق وهو مدلس ولم يصرح بالسماع. فلا يحتج به ومحمد بن الحسن ذكره ابن حبان في «الضعفاء» وروى له هذا =

....

= الحديث. اهـ. ومحمد بن الحسن هذا ثقة احتج به البخاري ووثقه.
وللحديث طريق آخر عن ابن عمر.
أخرجه الطبراني في «المعجم الصغير» (٢/١٠٧) من طريق أحمد بن الفرات الرازي ثنا هشام بن بلال ثنا محمد بن مسلم الطائفي عن أيوب بن موسى عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» قال الطبراني: لم يروه عن أيوب بن موسى إلا محمد بن مسلم ولا عن محمد إلا هشام تفرد به أبو مسعود.
وذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٤٤) رقم (٦١٤) فقال: سألت أبي عن حديث رواه هشام الرازي عن محمد بن مسلم الطائفي عن أيوب بن موسى عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: ذكاة الجنين ذكاة أمه قال أبي هكذا رواه هشام في كتابي عنه ورواه أبو مسعود بن فرات عنه والناس يوقفونه على عبيد الله بن عمر وموسى بن عقبة وغيرهم يروونه عن نافع عن ابن عمر موقوفاً وهو أصح.
وللحديث طريق ثالث عن ابن عمر.
أخرجه الطبراني في «الصغير» (١/١٦) من طريق عبد الله بن نصر الأنطاكي ثنا أبو أسامة عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر به مرفوعاً وقال الطبراني: لم يروه مرفوعاً عن عبيد الله إلا أبو أسامة تفرد به عبد الله بن نصر.
يترجم عبد الله بن نصر الأنطاكي وهو ضعيف.
وهذا الطريق لم يذكره الزيلعي في «نصب الراية» وقد توبع عبد الله تابعه مبارك بن مجاهد أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧١) كتاب الصيد والذبائح والأطعمة (٢٤) والبيهقي (٩/ ٣٣٥) كتاب الضحايا: باب ذكاة ما في بطن الذبيحة. من طريق عصام بن مدرك عن مبارك بن مجاهد عن عبيد الله بن عمر به. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٩٠): قال ابن القطان: وعصام رجل لا يعرف له حال وقال في التنقيح: مبارك بن مجاهد ضعفه غير واحد .اهـ. وقال البيهقي: روي من أوجه عن ابن عمر مرفوعاً ورفعه عن ضعيف والصحيح موقوف.
وذكر الهيثمي في «المجمع» (٤/٣٨) طريق محمد بن الحسن الواسطي عن ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر وقال: رواه الطبراني في الأوسط والصغير وفيه ابن إسحاق وهو ثقة لكنه مدلس وبقية رجال الأوسط ثقات.
حديث كعب بن مالك:
أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» كما في «نصب الراية» (٤/ ٩١) والمجمع (٤/٣٨) من طريق إسماعيل بن مسلم المكي عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه مرفوعاً، وإسماعيل بن مسلم المكي ضعيف قال ابن حبان في «المجروحين» (١/ ١٢٠ ـ ١٢١) إسماعيل بن مسلم المكي أبو ربيعة ضعيف ضعفه ابن المبارك وتركه يحيى وعبد الرحمن بن مهدي روى عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك عن أبيه. . . . فذكر الحديث. قال: وإنما هو عن الزهري قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه هكذا قاله ابن عيينة وغيره من الثقات. وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/٣٨) وقال: رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف.
ـ حديث أبي ليلى:

أما الحقيقة فظاهر، وأما الحكم فلأنه يباع ببيع الأُم، ويعتق بعتقها، والحكم في النبع يثبت بعلة الأصل، ولا يشترط له علة على حدة؛ لئلا ينقلب النبع أصلاً.

ولأَبي حنيفة قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ والدَّمُ﴾ [المائدة:٣] والجنين ميتةٌ، لأنه لا حياة فيه، والميتة ما لا حياة فيه، فيدخل تحت النص.

فإن قيل: الميتة اسمٌ لزوال الحياة، فيستدعي تقدم الحياة، وهذا لا يعلم في الجنين،

= أخرجه الطبراني في الأوسط كما في «مجمع الزوائد» (٣٨/٤) أن رسول الله ﷺ سئل عن ذكاة الجنين فقال ذكاته ذكاة أمه.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه حليس بن محمد وهو متروك.
- حديث أبي أيوب:
أخرجه الحاكم (٤/ ١١٤) من طريق ابن أبي ليلى عن أبي أيوب قال: قال رسول الله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» وذكره الهيثمي في «المجمع» (٣٨/٤) وقال: رواه الطبراني في الكبير وفيه محمد بن أبي ليلى وهو سيىء الحفظ ولكنه ثقة.
- حديث ابن مسعود:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧٤) كتاب الصيد والذبائح والأطعمة (٣١) من طريق أحمد بن الحجاج بن الصلت ثنا الحسن بن بشر بن سلم ثنا أبو بكر بن عياش عن الأعمش عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود قال: أراه رفعه قال: ذكاة الجنين ذكاة أمه. قال الحافظ في «التلخيص» (١٥٧/٤): حديث ابن مسعود رجاله ثقات إلا أحمد بن الحجاج بن الصلت فإنه ضعيف جداً .اهـ.
- حديث علي بن أبي طالب:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥) كتاب الصيد والذبائح بالأطعمة (٣٣) من طريق موسى بن عثمان الكندي عن أبي إسحاق عن الحارث عن علي قال: قال رسول الله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» وموسى بن عثمان قال ابن القطان: مجهول كما في «نصب الراية» (٤/ ١٩١) وفيه نظر وهو معروف لكن بالضعف الشديد.
- حديث ابن عباس:
أخرجه الدارقطني (٢٧٥/٤) من طريق موسى بن عثمان الكندي عن أبي إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس بمثل حديث علي وموسى بن عثمان متروك وانظر حديث علي.
- حديث أبي أمامة وأبي الدرداء:
أخرجه البزار (٢/ ٥٧٠ ـ كشف) رقم (١٢٢٦) من طريق بشر بن عمارة عن الأحوص بن حكيم عن خالد بن معدان عن أبي الدرداء وأبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».
قال البزار: وهذا روي من وجوه رواه أبو سعيد الخدري وأبو أيوب وأعلى من رواه أبو الدرداء فذكرنا حديثه وحديث أبي أمامة وأخرجه الطبراني في الكبير كما في «نصب الراية» (٤/ ١٩١) من طريق بشر بن عمارة عن الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد عن أبي أمامة وأبي الدرداء به.
وذكره الهيثمي في «المجمع» (٣٨/٤) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير وفيه بشر بن عمارة وقد وثقه وفيه ضعف.

فالجواب أن تقدم الحياة ليس بشرطٍ لإطلاق اسم الميت، قال الله (تبارك وتعالى): ﴿وَكُنتُمْ أَمْوَاتاً فَأَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ﴾ [البقرة:٢٨] على أنا إن سلمنا ذلك، فلا بأس به لأَنه يحتمل أنه كان حيًّا فمات بموت الأم، ويحتمل أنه لم يكن، فيحرم احتياطاً؛ ولأنه أصل في الحياة فيكون له أصل في الذكاة.

والدليل على أنه أصل في الحياة أنه يتصور بقاؤه حيًّا بعد ذبح الأم، ولو كان تبعاً للأم في الحياة لما تصور بقاؤه حَيًّا بعد زوال الحياة عن الأم، وإذا كان أصلاً في الحياة يكون أصلاً في الذكاة؛ لأن الذكاة تفويت الحياة، ولأنه إذا تصور بقاؤه حَيًّا بعد ذبح الأم، لم يكن ذبح الأم سبباً لخروج الدم عنه؛ إذ لو كان لما تصور بقاؤه حَيًّا بعد ذبح الأم، إذ الحيوان الدموي لا يعيش بدون الدم[1] عادةً، فبقي الدم المسفوح فيه، ولهذا إذا جرح يسيل منه الدم، وأنه حُرِّمَ بقوله (سبحانه وتعالى) ﴿دَماً مَسْفُوحاً﴾ [الأنعام:١٤٥]، وقوله (عزَّ شأنه): ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ والدَّمُ﴾ [المائدة:٣] ولا يمكن التمييز بين لحمه ودمه، فيحرم لحمه أيضاً.

وأما الحديث: فقد روي بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه؛ إذ التشبيه قد يكون بحرف التشبيه، وقد يكون بحذف حرف التشبيه، قال الله تعالى: ﴿وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ﴾ [النمل:٨٨]، وقال (عزَّ شأنه): ﴿يَنظُرُونَ إِلَيْكَ نَظَرَ الْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ مِنَ الْمَوْتِ﴾ [محمد:٢٠]، أي: كنظر المغشي عليه، وهذا حجة عليكم؛ لأن تشبيه ذكاة الجنين بذكاة أمه يقتضي استواءهما في الافتقار إلى الذكاة، ورواية الرفع تحتمل التشبيه أيضاً، قال الله (سبحانه وتعالى): ﴿وَجَنَّةٌ عَرْضُهَا السَّمٰوَاتُ وَالأَرْض﴾ [آل عمران:١٣٣] أي: عرضها كعرض السموات، فيكون حجة عليكم.

ويحتمل الكناية كما قالوا، فلا تكون حجة مع الاحتمال، مع أنه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى، وأنه دليل عدم الثبوت؛ إذ لو كان ثابتاً لاشتهر وإذا خرجت من الدجاجة الميتة بيضة تؤكل عندنا، سواء اشتد قشرها أو لم يشتد، وعند الشافعي (رحمه الله) إن اشتد قشرها تؤكل، وإلاَّ فلا.

وجه قوله: إنه إذا لم يشتد قشرها فهي من أجزاء الميتة، فتحرم بتحريم الميتة، وإذا اشتد قشرها، فقد صار شيئاً آخر، وهو منفصلٌ عن الدَّجَاجَةِ، فَيَحِلُّ.

ولنا: أنه شَيءٌ طَاهرٌ في نَفْسه، مودع في الطير، منفصلٌ عنه، ليس من أجزائه، فتحريمها لا يكون تحريماً له، كما إذا اشتد قشرها.

---

(١) في أ: الأم.

ولو ماتت شاة وخرج من ضرعها لبن يُؤكل عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يؤكل، وهو قول الشافعي (رحمهم الله جميعاً) إلاَّ أن عند الشافعي لا يؤكل لكونه ميتة؛ وعندهما لا يؤكل لنجاسة الوعاء.

ولأبي حنيفة (عليه الرحمة) قوله (تبارك وتعالى): ﴿وَإِنَّ لَكُمْ فِي الأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ ودَمٍ لَبَناً خَالِصاً سَائِغاً لِلشَّارِبِينَ﴾ [النحل:٦٦] والاستدلال بالآية من وجه:

أحدها: أنه وصفه بكونه خالصاً، فيقتضي ألا يشوبه شيء من النجاسة.

والثاني: أنه (سبحانه وتعالى) وصفه بكونه سائغاً للشاربين، والحرام لا يسوغ للمسلم.

والثالث: أنه (سبحانه وتعالى) مَنَّ علينا بذلك، إلا الآية خرجت مخرج المنة، والمنة بالحلال لا بالحرام.

وعلى هذا الخلاف الأنفحة إذا كانت مائعة، وإن كانت صلبة فعند أبي حنيفة (رحمه الله) تؤكل وتستعمل في الأودية كلها، وعندهما يغسل ظاهرها وتؤكل، وعند الشافعي؛ لا تؤكل أصلاً.

وأمّا الاضطرارِيَّةُ، فرَكْنُها العُقْرُ، وهو الجرح في أيِّ موضع كان، وذلك في الصيد وما هو في معنى الصيد، وَإِنَّما كان كذلك؛ لأن الذبح إذا لم يكن مقدوراً ولا بد من إخراج الدم لإزالة المحرم وتطييب اللحم، وهو الدم المسفوح على ما بينا، فيقام سبب الذبح[1] مقامه، وهو الجرح على الأصل المعهود في الشرع من إقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة؛ كما يقام السفر مقام المشقة، والنكاح مقام الوطء والنوم مضطجعاً أو متوركاً مقام الحدث؛ ونحو ذلك.

وكذلك ما ند من الإبل والبقر والغنم بحيث لا يقدر عليها صاحبها، لأنها بمعنى الصيد، وإن كان مستأنساً.

وقد روي أن بعير أند على عهد رسول الله ﷺ فرماه رجلٌ فقتله، فقال رسولُ الله ﷺ: «إِنَّ لِهٰذِهِ الإِبِلِ أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الوَحْشِ، فَإِذَا غَلَبَكُمْ مِنْهَا شَيْءٌ فَاصْنَعُوا بِهِ هَكَذَا»[2] وسواء ند البعير والبقر في الصحراء أو في المصر، فذكاتهما العقر؛ كذا روي عن محمدٍ؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر عليهما.

---

(١) في أ: الجروح.

(٢) تقدم تخريجه من حديث رافع بن خديج.

قال محمد: والبعير الذي ند على عهد رسول الله ﷺ كان بالمدينة، فدل أن نَدَّ البعير في الصحراء أو[1] المصر سواءٌ في هذا الحكم.

وأما الشاة فإن ندت في الصحراء فذكاتها العقر؛ لأنه لا يقدر عليها، وَإن ندت في المصر لم يجز عقرها؛ لأنه يمكن أخذها؛ إذ هي لا تدفع عن نفسها، فكان الذبح مقدوراً عليه، فلا يجوز العقر، وهذا لأَن العقر خلف عن[2] الذبح والقدرة على الأَصل تمنع المصير إلى الخلف؛ كما في التراب مع الماء، والأشهر مع الإِقراء وغير ذلك.

وكذلك ما وقع منها في قليب فلم يقدر على إخراجه ولا على مذبحه ولا منحره، فإِنَّ ذكاته ذكاة الصيد؛ لكونه في معناه لتعذر الذبح والنحر.

وذكر في «المنتقى» في البعير إذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة ـ حلُّ أكله إذا كان لا يقدر على أخذه، وضمن قيمته؛ لأنه إذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد، فجعل الصيال منه كنده؛ لأنه يعجز عن أخذه فيعجز عن نحره، فيقام الجرح فيه مقام النحر، كما في الصيد، ثم لا خلاف في الاصطياد بالسهم والرمح والحجر والخشب ونحوها؛ أنه إذا لم يجرح لا يحل.

وأصله ما روي أنَّ رسولَ الله ﷺ سُئل عن صيد المعراض؛ فقال (عليه الصلاة والسلام): «إِذَا خَرَقَ فَكُلْ» وَإِنْ أَصَابَهُ بِعَرَضهِ[3] فَلاَ تَأْكُلْ، فإِنَّهُ وَقِيذٌ»[4].

---

(١) في ط: و.

(٢) في ط: من.

(٣) في ط: بعرض.

(٤) أخرجه البخاري (٩/٥٩٨): كتاب الذبائح والصيد، باب التسمية على الصيد، حديث (٥٤٧٥) ومسلم (٣/١٥٢٩ ـ ١٥٣٠) كتاب الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة، حديث (١، ٢، ٣/١٩٢٩) والطيالسي (١/٣٤٠ ـ ٣٤١) كتاب الصيد والذبائح، باب ما جاء في صيد الكلب المعلم، حديث (١٧٣١ ـ ١٧٣٢) باب ما جاء في الصيد بالمعراض، حديث (١٧٣٣ ـ ١٧٣٤) وأحمد (٤/٢٥٦) والدارمي (٢/٨٩ ـ ٩١) كتاب الصيد، باب التسمية عند إرسال الكلب وباب في الصيد بالمعراض، وأبو داود (٣/٢٦٨ ـ ٢٦٩) كتاب الصيد باب في الصيد، حديث (٢٨٤٧ ـ ٢٨٤٨) والترمذي (٤/٦٨ ـ ٦٩) كتاب الصيد، باب ما جاء في الكلب يأكل من الصيد، حديث (١٤٧٠) وباب ما جاء في صيد المعراض، حديث (١٤٧١) والنسائي (٧/١٧٩، ١٨٠) كتاب الصيد والذبائح، باب الأمر بالتسمية عند الصيد، وباب صيد الكلب المعلم، وابن ماجه (٢/١٠٦٩) كتاب الصيد، باب صيد الكلب حديث (٣٢٠٧) وباب صيد المعراض، حديث (٣٢١٤) وابن الجارود في المنتقى ص (٣٠٥ ـ ٣٠٦): باب ما جاء في الصيد، حديث (٩١٤) والبيهقي (٩/٢٣٥ ـ ٢٣٦) كتاب الصيد والذبائح، باب الأكل مما أمسك عليك المعلم وإن قتل، والبغوي في «شرح السنة» (٦/٣ ـ بتحقيقنا) من طريق الشعبي.

وأما الاصطياد بالجوارح من الحيوانات: إما بناب كالكلب[١] والفهد ونحوهما، وإما بالمخلب كالبازي[٢] والشاهين[٣] ....

---

(١) واحد الفهود وفهد الرجل اشبه الفهد في كثرة نومه وتمرّده وفي حديث أمّ زرع ان دخل فهد وزعم ارسطو أنه يتولد بين نمر وأسد ومزاجه كمزاج النمر وفي طبعه مشابهة لطبع الكلب في أدوائه ودوائه ويقال ان الفهدة إذا أثقلت بالحمل حنّ عليها كل ذكر يراها من الفهود ويواسيها من صيده فإذا أرادت الولادة هربت إلى موضع قد أعدّته لذلك. ويضرب بالفهد المثل في كثرة النوم وهو ثقيل الجثة يحطم ظهر الحيوان في ركوبه ومن خلقه الغضب وذلك أنه إذا وثب على فريسه لا ينفس حتى ينالها فيحمي لذلك وتتملىء رئته من الهواء الذي حبسه فإذا أخطأ صيده رجع مغضباً وربما قتل سائسه. قال ابن الجوزي إن الفهد يصاد بالصوت الحسن قال: ومتى وثب على الصيد ثلاث مرّات ولم يدركه غضب ومن خلقه أنه يأنس لمن يحسن إليه وكبار الفهود أقبل للتأديب من صغارها وأوّل من اصطاد به كليب بن وائل وأوّل من حمله على الخيل يزيد بن معاوية بن أبي سفيان وأكثر من اشتهر باللعب بها أبو مسلم الخراساني. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٢٦٥، ٢٦٦).

(٢) أفصح لغاته بازي مخففة الياء والثانية باز والثالثة بازي بتشديد الياء حكاهما ابن سيده وهو مذكر لا اختلاف فيه ويقال في التثنية بازيان وفي الجمع بزاة كقاضيان وقضاة ويقال للبزاة والشواهين وغيرهما مما يصيد صقوراً ولفظه مشتق من البزوان وهو الوثب وكنيته أبو الأشعث وأبو البهلول وأبو لاحق وهو من أشد الحيوانات تكبراً وأضيقها خلقاً قال القزويني في عجائب المخلوقات قالوا انه لا يكون إلا أنثى وذكرها من نوع آخر كالحدء والشواهين ولهذا اختلفت أشكالها، ويحرم أكله بجميع أنواعه لنهيه ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطيور رواه مسلم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهما وبهذا قال أكثر أهل العلم وقال مالك والليث والأوزاعي ويحيى بن سعيد لا يحرم من الطير شيء واحتجوا بعموم الآيات المبيحة ولم يثبت عند مالك حديث النهي عن أكل كل ذي ناب من السباع فكان على الإباحة قال الأبهري ليس في ذي المخلب عن النبي ﷺ نهي صحيح وقال غيره لم يثبت حديث النهي عن أكل كل ذي مخلب من الطير لأن ميمون بن مهران رواه عن ابن عباس وسقط بينهما سعيد بن جبير فصار هذا علة تحطه عن رتبة الصحيح وقال إمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنه يكره للمحرم استصحاب البازي وكل صائد من كلب وغيره لأنه ينفر الصيد وربما انفلت فقتل صيداً فإن حمله فأرسله على صيد فلم يقتله ولم يؤذه فلا جزاء عليه لكن يأثم كما لو رماه بسهم فأخطأه فإنه يأثم بالرمي لقصده الحرام ولا ضمان لعدم الإتلاف قال: وما فيه مضرة ومنفعة لا يستحب قتله لما فيه المنفعة ولا يكره لعدوانه على الناس كالبازي والفهد والصقر والعقاب ونحوها ويصح بيع البازي وإجازته بلا خلاف لأنه طاهر منتفع به روى الترمذي عن عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه قال: سألت رسول الله ﷺ عن صيد البازي فقال: ما أمسك عليك فكل. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٩٩ - ١٠٢).

(٣) جمعه شواهين وشياهين وليس بعربيّ لكن تكلمت به العرب قال الفرزدق:

حمى لم يحط عنه سريع ولم يخف ... نويرة يسعى بالشياهين طائره

والشاهين ثلاثة أنواع شاهين وقطامي وانيقي والشاهين في الحقيقة من جنس الصقر إلا أنه أبرد منه وأيبس مزاجاً ولأجل ذلك تكون حركته من العلو إلى السفل شديدة ولهذا ينقض على صيده انقضاضاً من غير تحويم وعنده جبن وفتور وهو مع ذلك شديد الضراوة على الصيد ولأجل ذلك ربما ضرب بنفسه الأرض =

ونحوهما[(١)]، فكذلك في الرواية المشهورة أنه إذا لم يجرح لا يحل، حتى لو خنق أو صدم

= فمات وعظامه أصلب من عظام سائر الجوارح وبعضهم يقول الشاهين كاسمه يعني الميزان لأنه لا يتحمل أدنى حال من الشبع ولا أيسر حال من الجوع والمحمود من صفاته أن يكون عظيم الهامة واسع العينين رحب الصدر ممتلىء الزور عريض الوسط جليد الفخذين قصير الساقين قليل الريش رقيق الذنب إذا صلب عليه جناحيه لم يفضل عنهما شيء فإذا كان كذلك صاد الكركيّ وغيره ويقال إن أول من صاد به قسطنطين. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٥٧ ـ ٥٨).

(١) ذهب السادة الشافعية إلى أنه يجوز الاصطياد بجوارح السباع المعلمة كالكلب، والفهد، والنمر، وغيرها، وسواء في الكلاب الأسود وغيره. ويجوارح الطير المعلمة أيضاً كالنسر، والبازي، والعقاب، والباشق، والشاهين، وسائر الصقور.

روي هذا عن ابن عباس، وطاوس، وعطاء، والحسن البصري وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وأبو ثور.

وذهب الإمام أحمد إلى أنه يجوز الاصطياد بذلك كله إلاّ الكلب الأسود البهيم.

وحكي عن ابن عمر ومجاهد أنه لا يجوز الصيد إلاّ بالكلاب.

واحتج لابن عمر، ومجاهد بقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾.

فتخصيص الكلاب بالذكر دليل على عدم جواز الصيد بغيرها وأجاب الجمهور عن هذا من وجوه:

الأول: أن «المكلب» هو مؤدب الجوارح، ومعلمها أن تصطاد لصاحبها، وإنما اشتق هذا الاسم من الكلب؛ لأن التأديب أكثر ما يكون في الكلاب لكثرته في جنسه.

الثاني: أن كل سبع يسمى كلباً ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «اللَّهُمَّ سَلِّطْ عَلَيْهِ كَلْباً مِنْ كِلاَبِكَ» فأكله الأسد.

الثالث: أن قوله «مُكَلِّبِينَ» مأخوذ من الكلب الذي هو بمعنى الضراوة.

يقال: فلان كلب بكذا: إذا كان حريصاً عليه.

ذهب أن المذكور في هذه الآية إباحة الصيد بالكلب، لكن تخصيصه بالذكر، لا ينفي حل غيره.

يدل على ذلك أن الاصطياد بالرمي جائز، وهو غير مذكور في الآية.

على أنه قد ورد في سبب نزول الآية أنهم سألوا عن الصيد بالبزاة أيضاً، وسبب النزول داخل في الحكم باتفاق الفقهاء. ذكر القرطبي في تفسيره أن الآية نزلت، بسبب عدي بن حاتم وزيد بن مهلهل وهو: زيد الخيل. الذي سماه رسول الله ﷺ: زيد الخير، قالا: يا رسول الله، إنا قوم نصيد بالكلاب والبزاة، وإن الكلاب تأخذ البقر والحمر والظباء، فمنه ما ندرك ذكاته، ومنه ما تقتله فلا ندرك ذكاته. وقد حرم الله الميتة. فماذا يحل لنا؟ فنزلت الآية.

وبهذا تكون الآية حجة للجمهور على دعواهم.

واستدل لأحمد بحديث جابر أن النبي ﷺ أمر بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها، وقال: «عَلَيْكُم بِالأَسْوَدِ الْبَهِيمِ ذِي النُّقْطَتَيْنِ فَإِنَّهُ شَيْطَانٌ».

أمر عليه الصلاة والسلام بقتله، وما وجب قتله حرم اقتناؤه، وتعليمه فلم يبح صيده، كغير المعلم. وقد سماه النبي عليه الصلاة والسلام شيطاناً، والشيطان لا يجوز اقتناؤه.

وأجاب الجمهور عن هذا بأنه لا يلزم من قتله تحريم صيده على أن الأمر بالقتل منسوخ.

واحتج الجمهور بالكتاب والسنة والقياس: =

ولم يجرح ولم يكسر عضواً منه لا يحل في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه يحل.

وجه هذه الرواية: أن الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له، فقد يتفق له الأخذ بالجرح، وقد يتفق بالخنق والصدم، والحال حال الضرورة فيوسع الأمر فيه، ويجعل الخنق والصدم كالجرح؛ كما وسع [في الذبح][(١)].

وجه ظاهر الرواية قوله (تعالى): ﴿يَسْئَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة:٤] [أي: وأحل لكم ما علمتم من الجوارح][(٢)] وهي من الجراحة، فيقتضي اعتبار الجرح، ولأن الركن هو إخراج الدم، وذلك بالذبح في حال القدرة، وفي حال العجز أقيم الجرح مقامه؛ لكونه سبباً في خروج؛ الدم، ولا يوجد ذلك في الخنق.

وقد روي عن رسول الله ﷺ في صيد المعراض: «إِذَا خَرَقَ فَكُلْ، وَإِنْ أَصَابَ بِعَرْضِهِ فَلاَ تَأْكُلْ فَإِنَّهُ وَقِيذٌ»، وروي أنه (عليه الصلاة والسلام) قال: «مَا أَصَبْتَ بِعرضِهِ فَلاَ تَأْكُلْ فإنه[(٣)] وَقِيذٌ، وَمَا أَصَبْتَ بِحَدِّهِ فَكُلْ»[(٤)] أراد (عليه الصلاة والسلام) الحل والحرمة على الجرح وعدم الجرح، وسمى (عليه الصلاة والسلام) غير المجروح وقيذاً، وأنه حرام بقوله (تبارك وتعالى): ﴿وَالْمَوْقُوذَةُ﴾ [المائدة:٣] ولأنها منخنقة، وأنها محرمة بقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ﴾ [المائدة:٣] فإن لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضواً منه فمات، فقد ذكر الكرخي (رحمه الله) أنه لم يُحْكَ عَنْ أبي حنيفة (رحمه الله) فيه شيءٌ مصرحٌ.

وذكر محمد في الزيادات: وأطلق أنه إذا لم يجرح لم يؤكل، وهذا الإطلاق يقتضي أنه لا يحل بالكسر.

= أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ والجوارح: الكواسب، وتطلق على السباع، والطيور، وعليه جماهير أهل اللغة. قال ابن عباس: يريد الطير الصائدة، والكلاب، والفهود، وغير ذلك.

أما السنة: فما روي عن عدي بن حاتم قال: سألت رسول الله ﷺ عن صيد البازي، فقال: «مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ فَكُلْ».

أما القياس: فلأن كل ما يتأتى من الكلب يتأتى من سائر الجوارح، فلا فارق إلا فيما لا مدخل له في التأثير. وهذا هو القياس في معنى الأصل كقياس السيف على المدية، والأمة على العبد. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

(١) في أ: فجعل الجرح كالذبح.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: فهو.

(٤) ينظر تخريج الحديث السابق.

وقال أبو يوسف: إذا جرح بناب أو مخلب أو كسر عضواً فقتله، فلا بأس بأكله، فقد جعل الكسر [كالجرح، وجه قوله أن الكسر][١] جراحة باطنة، فيلحق بالجراحة الظاهرة في حكم بني على الضرورة والعذر.

وجه رواية محمد (رحمه الله): وهي الصحيحة أن الأصل هو الذبح وإنما أقيم الجرح مقامه في كونه سبباً لخروج الدم، وذلك لا يوجد في الكسر، فلا يقام مقامه، ولهذا لم يقم الخنق مقامه، وقد قالوا إذا أصاب السهم ظلف الصيد، فإن وصل[٢] إلى اللحم فأدماه حَلَّ، وإلاَّ فلا، وهذا تفريع على رواية اعتبار الجرح، ولو ذبح شاة ولم يسل منها دم، قيل: وهذا قد يكون في شاة اعتلفت العناب.

اختلف المشايخ فيه: قال أبو القاسم الصفار (رحمه الله): لا تؤكل؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «مَا فَرَىٰ الأَوْدَاجَ وَأَنْهَرَ الدَّمَ فَكُلْ» يؤكل بشرط إنهار الدم ولم يوجد، ولأن الذبح لم يشرط لعينه، بل لإخراج الدم المحرم وتطييب اللحم، ولم يوجد فلا يحل.

وقال أبو بكر الاسكاف والفقيه أبو جعفر الهندواني (رحمهما الله): يؤكل لوجود الذبح، وهو فري الأوداج، وأنه سبب لخروج الدم عادةً، لكنه امتنع لعارض بعد وجود السبب، فصار كالدم الذي احتبس في بعض العروق عن الخروج بعد الذبح، وذا لا يمنع الحل؛ كذا هذا.

وعلى هذا يخرج ما إذا قطع من إليةِ الشاةِ قطعةً، أو من فَخِذِهَا، أنه لا يحل المبان، وإن ذبحت الشاة بعد ذلك؛ لأن حكم الذكاة لم يثبت في الجزء المبان وقت الإبانة لانعدام ذكاة الشاة؛ لكونها حية وقت الإبانة، وحال فوات الحياة كان الجزء منفصلاً، وحكم الذكاة لا يظهر في الجزء المنفصل.

وروي أَنَّ أَهْلَ الجاهلية كانوا [يفعلون ذلك، فكانوا][٣] يقطعون قطعة من إلية الشاةِ ومن سنام البعير فيأكلونها، فلما بعث النبي المكرم (عليه الصلاة والسلام) نهاهم عن ذلك، فقال (عليه الصلاة والسلام): «مَا أُبِينَ مِنَ الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ»[٤] وروي: ما بان من الحي فهو ميت،

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: دخل.
(٣) سقط في ط.
(٤) أخرجه أحمد (٥/ ٢١٨)، والدارمي (٢/ ٩٣) كتاب الصيد، باب في الصيد يبين منه العضو، وأبو داود (٣/ ٢٧٧) صيد قطع منه قطعة، الحديث (٢٨٥٨)، والترمذي (٤/ ٧٤) كتاب الأطعمة: باب ما قطع من الحي فهو ميت، الحديث (١٤٨٠)، وابن الجارود (ص ـ ٢٩٥) كتاب الأطعمة، الحديث (٨٧٦)، والدارقطني (٤/ ٢٩٢) كتاب الأطعمة، الحديث (٨٣)، الحاكم (٤/ ٢٣٩) كتاب الذبائح، والبيهقي (٩/ ٢٤٥) =

وروي: ما بان من حي فهو ميت[1] والجزءُ المقطوع مبانٌ من حي وبائنٌ منه، فيكون ميتاً، وكذلك إذا قطع ذلك من صيد لم يؤكل المقطوع، وَإِن مات الصيد بعد ذلك لما قلنا.

وقال الشافعي (رحمه الله): يؤكل إذا مات الصيد بذلك؛ وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى، وإن قطع فتغلق العضو بجلده لا يؤكل؛ لأَنَّ ذلك القدر من التعلق لا يعتبر، فكان وجوده والعدم بمنزلة واحدة، وإن كان متعلقاً باللحم يؤكل الكل، لأن العضو المتعلق باللحم من جملة الحيوان، وذكاة الحيوان تكون لما اتصل به، ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين يؤكل النصفان عندنا جميعاً، وهو قول إبراهيم النخعي؛ لأنه وجد قطع الأوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ، فأشبه الذبح، فيؤكل الكل، وإن قطع أقل من النصف فمات، فإن كان مما يلي العجز لا يؤكل المبان عندنا، وقال الشافعي: يؤكل.

وجه قوله: إنَّ الجرحَ في الصيد إذا اتصل به الموت فهو ذكاةٌ اضطرارية، وإنها سبب الحل كالذبح.

ولنا قول النبيِّ ﷺ: «مَا أُبِينَ مِنَ الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ» والمقطوع مبانٌ من الحي فيكون ميتاً، وأما قوله: أن الجرح الذي اتصل به الموت ذكاة في الصيد، فنعم، لكن حال فوات الحياة عن المحل، وعند الإبانة المحل كان حياً، فلم يقع الفعل ذكاة له، وعندما صار ذكاة كان الجزء

= كتاب الصيد والذبائح: باب ما قطع من الحي فهو ميتة، كلهم من حديث عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار، عن زيد بن أسلم، عن عطاء، عن أبي واقد الليثي قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وبها ناس يعمدون إلى الغنم واسنمة الإبل فيجبونها، فقال رسول الله ﷺ: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة». وقال الترمذي: (وهذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم، والعمل على هذا عند أهل العلم).

وقال الحاكم: (صحيح على شرط البخاري) ووافقه الذهبي.

وقد اختلف فيه على زيد بن أسلم فرواه سليمان بن بلال عن زيد عن عطاء عن أبي سعيد الخدري أخرجه الحاكم (٤/ ٢٣٩) وقال: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

ورواه هشام بن سعيد عن زيد بن أسلم عن ابن عمر.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٧٢) رقم (٣٢١٦) والدارقطني (٤/ ٢٩٢).

وفي الباب: عن تميم الداري، أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٧٣): كتاب الصيد: باب ما قطع من البهيمة وهي حية، الحديث (٣٢١٧)، ثنا هشام بن عمار، ثنا إسماعيل بن عياش، ثنا أبو بكر الهذلي، عن شهر بن حوشب، عن تميم الداري قال: قال رسول الله ﷺ: «يكون في آخر الزمان قوم يحبون أسنمة الإبل ويقطعون أذناب الغنم، ألا فما قطع من حي فهو ميت». قال البوصيري في الزوائد (٣/ ٦٣) هذا إسناد ضعيف لضعف أبي بكر الهذلي السُلمي.

قلت وشهر بن حوشب فيه ضعف.

(١) سقط في ط.

منفصلاً، وحكم الذكاة لا يلحق الجزء المنفصل، وَإِن كان مما يلي الرأس يوكل الكل لوجود قطع الأوداج، فكان الفعل حال وجوده ذكاة حقيقة، فيحل به الكل، وإِن ضرب رأس صيد فأبانه نصفين طولاً أو عرضاً يُؤكل كله في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع، وقال: لا يؤكل النصف البائن، ويؤكل ما بقي من الصيد.

والأصلُ فيه ما ذكرنا من الأوداج متصلة بالدماغ، فتصير مقطوعة بقطع الرأس، وكان أبو يوسف على هذا، ثم ظن أنها لا تكون إلاً فيما يلي البدن من الرأس، وإِن كان المبان أكثر من النصف. فكذلك يؤكل الكل؛ لأنه إذا قطع العروق فلم يكن ذلك ذبحاً، بل كان جرحاً وأنه لا يبيح المبان لما ذكرنا.

وأما شرائط ركن الذكاة فأنواعٌ: بعضُها يعمُّ نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية، وبعضها يخص أحدهما دون الآخر.

أما الذي يعمهما، فمنها: أن يكون عاقلاً، فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل[1]، والسكران[2] الذي لا يعقل؛ لما نذكر أن القصد إلى التسمية عند الذبح شرط، ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل، فإِن كان الصبي يعقل الذبح ويقدُر عليه تؤكل ذبيحته، وكذا السكران.

ومنها: أن يكون مسلماً أو كتابيًا، فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والمجوسي[3] والوثني

---

(١) إن كان الصّبي مميزاً حلت ذبيحته على المذهب عند «الشافعية» وبه قطع الجمهور. وقد روي عن «ابن عباس» رضي الله عنهما أنه قال: «من ذبح من ذكر أو أنثى، صغير أو كبير، وذكر اسم الله عليه حل». هذا، ونقل «ابن المنذر» الإجماع على حل ذكاة المرأة والصبي المميز. أما غير المميز فمثل المجنون والسكران.

(٢) حكى الشافعية فيهما طريقين:
أحدهما: القطع بالحل.
والثاني: فيه قولان:
أصحهما: الحل.
واختار إمام الحرمين، والغزالي، حرمة تذكيتهما. وبه قال الأئمة الثلاثة، وابن المنذر وداود.
قال الجمهور: إنه لا قصد لكل من المجنون والسكران والصبي غير المميز، فلا تحل تذكيتهم. قياساً على من كان في يده سكين، وهو نائم فمرت على حلق شاة فذبحتها، فإنها لا تحل.
وقال الشافعية: إن القصد شرط في الجملة، والمجنون ونحوه له نوع قصد فتحل ذبيحته، لذلك.
هذا، ولما كان لا يؤمن أن يخطىء كل من المجنون والسكران المذبح، ويقتل الحيوان، كان الأولى ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء.

(٣) أكثر أهل العلم على تحريم ذبيحة المجوسي على المسلم. وذهب أبو ثور، وقتادة، وابن حزم، إلى القول بحلها.
أدلة القائلين بالحل: أولاً: قوله ﷺ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» وجه الدلالة أن المجوس يعاملوا =

وذبيحة المرتد[(١)].

أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ [المائدة:٣] وقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ﴾ [المائدة:٣] أي: للنصب، وهي الأصنام التي يعبدونها.

= معاملة أهل الكتاب فتكون ذبائحهم مثلهم. وذبائح الكتابيين حلال فكذلك المجوسي.

ونوقش الحديث: بأن مروي بلفظ «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلاَ آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ» ومع هذه الزيادة المفيدة للتحريم لا دلالة للحديث على الحل.

واستدلوا ثانياً: بما روى قتادة عن سعيد بن المسيب سئل عن رجل مريض أمر مجوسياً أن يذبح ويسمي ففعل ذلك فقال سعيد بن المسيب لا بأس بذلك. وفي رواية أخرى عن سعيد بن المسيب أنه قال إذا كان المسلم مريضاً وأمر مجوسياً أن يذبح أجزأه وقد أساء.

ونوقش: بأن هذا قول مخالف للإجماع فلا عبرة به. قال إبراهيم الحربي خرق أبو ثور الإجماع. وقال أحمد ههنا قوم لا يرون بذبائح المجوس بأساً ما أعجب هذا يُعرِّض بأبي ثور. وقال أحمد ولا أعلم أحداً قال بخلافه إلا أن يكون صاحب بدعة.

واستدلوا ثالثاً: بأن المجوس يقرون بالجزية كأهل الكتاب فتكون ذبيحتهم حلالاً مثلهم حيث لا فرق.

ونوقش: بأن الجزية أخذت منهم بالنص حقناً لدمائهم وهي ضرورة. ولا ضرورة في حل ذبائحهم. على أن النص الوارد بأخذ الجزية منهم وارد بتحريم ذبائحهم.

واحتج الجمهور: أولاً: بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ فإن مفهومه تحريم طعام غيرهم من الكفار لأن المجوسي لا كتاب له فلا تحل أطعمته ولا ذبائحه.

وثانياً: بما رواه الإمام أحمد بإسناده عن قيس بن سكن الأسدي قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّكُمْ نَزَلْتُمْ بِفَارِسٍ مِنَ السَّبَطِ فَإِذَا اشْتَرَيْتُمْ لَحماً فَإِنْ كَانَ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ فَكُلُوا. وَإِنْ كَانَتْ ذَبِيحَةُ مَجُوسِيٍّ فَلاَ تَأْكُلُوا».

وما روي أن الرسول عليه السلام قال: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلاَ آكِلِي ذَبَائِحَهُمْ» دلت الروايتان على عدم حل ذبيحة المجوس للمسلمين.

واستدلوا ثالثاً: بأن المجوسي ليس بصاحب ملة توحيد فانعدمت منه صفة حل الذبح من الذابح لفقدان شرط الذبح محرم لذبيحته. ينظر: أثر الاختلاف في الأحكام لشيخنا بدران أبو العنين، وينظر: مغني ابن قدامة (١١/ ٤٨)، المحلى لابن حزم (٧/ ٤٥٦)، فتح القدير (٨/ ٤٥)، تفسير القرطبي (٢/ ٢٠٦).

(١) لا تباح تذكية المرتد، وإن كانت ردته إلى دين أهل الكتاب وبه قال الأئمة.

وقال إسحاق: إن تدين بدين أهل الكتاب حلت ذبيحته ويحكى ذلك عن الأوزاعي.

شبهة المجيزين: قول علي رضي الله عنه: من تولى قوماً فهو منهم.

وقال الجمهور: إنه كافر، لا يقر على دينه، فلم تحل ذبيحته، قياساً على الوثني.

ولأنه لا تثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدين بدينهم. وأما قول الإمام علي رضي الله عنه: «من تولى قوماً فهو منهم» فلم يرد أنه منهم في جميع الأحكام، بدليل ما ذكرنا. ولأنه «عليا» لم يكن يرى حل ذبائح نصارى بني تغلب ولا نكاح نسائهم مع توليهم للنصارى، ودخولهم في دينهم، ومع إقرارهم على ما صولحوا عليه، فلا يعتقد ذلك في المرتدين. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

وأما ذبيحة المجوس، فلقوله (عليه الصلاة والسلام): «سُنُّوا بِالمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ، غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلاَ آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ»[١] ولأن ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة من شرائط الحل عندنا؛ لما نذكر، ولم يوجد [عندهم][٢].

وأما المرتد، فلأنه لا يقر على الدين الذي انتقل إليه، فكان كالوثني الذي لا يقر على دينه، ولو كان المرتد غلاماً مراهقاً لا تؤكل ذبيحته عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف تؤكل بناءً على أن ردته صحيحة عندهما، وعنده لا تصح وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب، لقوله (تعالى): ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة:٥] والمراد منه ذبائحهم؛ إذ لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى؛ لأن غير الذبائح من أطعمة الكفرة مأكول، ولأن مطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها؛ لأنه اسم لما يتطعم، والذبائح مما يتطعم، فيدخل تحت إطلاق اسم الطعام، فيحلُّ لنا أكلها، ويستوي فيه [أهل

---

(١) أخرجه مالك (١/ ٢٧٨) كتاب الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس حديث (٤٢) والشافعي (٢/ ١٣٠) كتاب الجهاد، باب ما جاء في الجزية حديث (٤٣٠) وعبد الرزاق (٦/ ٦٨ ـ ٦٩) كتاب أهل الكتاب، باب أخذ الجزية من المجوس، حديث (١٠٠٢٥) وابن أبي شيبة (١٢/ ٢٤٣) كتاب الجهاد باب ما قالوا في المجوس تكون عليهم جزية، حديث (١٢٦٩٦) وأبو عبيد في الأموال ص (٤٠)، حديث (٧٨) والبيهقي (٩/ ١٨٩ ـ ١٩٠) كتاب الجزية، باب المجوس أهل الكتاب والجزية تؤخذ منهم، وأبو يعلى (٢/ ١٦٨) رقم (٨٦٢) كلهم من حديث جعفر بن محمد عن أبيه، أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم، فقال عبد الرحمن بن عوف أشهد سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سُنُّوا بهم سُنَّة أهل الكتاب» وفي تنوير الحوالك (١/ ٢٠٧) قال ابن عبد البر هذا حديث منقطع فإن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن بن عوف.
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٧٢): وهو منقطع لأن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن وقد رواه أبو علي الحنفي عن مالك عن جعفر عن أبيه عن جده قال الخطيب في الرواة عن مالك: تفرد بقوله ـ عن جده ـ أبو علي قلت ـ أي الحافظ ـ: وسبقه إلى ذلك الدارقطني في غرائب مالك وهو مع ذلك منقطع لأن علي بن الحسين لم يلق عمر ولا عبد الرحمن إلا أن يكون الضمير في جده يعود على محمد فجده محمد سمع منهما لكن في سماع محمد من حسين نظر كبير. اهـ. وللحديث شاهد من حديث السائب بن يزيد. ذكره الهيثمي في «المجمع» (٦/ ١٦) عنه قال: شهدت رسول الله ﷺ فيما عهد إلى العلاء حين وجهه إلى اليمن قال: ولا يحل لأحد جهل الفرض والسنن ويحل له ما سوى ذلك وكتب للعلاء أن سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه من لم أعرفهم.
لكن لحديث عبد الرحمن طريق آخر ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٧٢) فقال: ورواه ابن أبي عاصم في كتاب النكاح بسند حسن قال: ثنا إبراهيم بن الحجاج ثنا أبو رجاء جار لحماد بن سلمة ثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال: كنت عند عمر بن الخطاب فذكر من عنده المجوس فوثب عبد الرحمن بن عوف فقال: أشهد بالله على رسول الله ﷺ لسمعته.

(٢) سقط في ط.

الحرب منهم][1] وغيرهم؛ لعموم الآية الكريمة.

وكذا يستوي فيه نصارى بني تغلب[2] وغيرهم؛ لأنهم على دين النصارى إلا أنهم نصارى العرب؛ فيتناولهم عموم الآية الشريفة.

---

(١) في أ: أهل الكتاب النصارى.

(٢) بنو تغلب بن وائل بن ربيعة بن نزار، من صميم العرب، انتقلوا في الجاهلية إلى النصرانية، وكانوا قبيلة عظيمة لهم شوكة قوية، واستمروا على ذلك حتى جاء الإسلام فصولحوا على مضاعفة الصدقة عليهم عوضاً من الجزية، واختلفت الرواية متى صولحوا.

ففي «سنن أبي داود» من حديث إبراهيم بن مهاجر عن زياد بن حدير قال: قال علي: «لئن بقيت لنصارى بني تغلب لأقتلن المقاتلة، ولأسبين الذرية، فإني كتبت الكتاب بينهم وبين النبي ﷺ ألا ينصروا أبناءهم».

لكن قال أبو داود: «هذا حديث منكر، بلغني عن أحمد بن حنبل أنه كان ينكر هذا الحديث إنكاراً شديداً». وقال أبو علي اللؤلؤي: «لم يقرأه أبو داود في العرضة الثانية» انتهى.

وإبراهيم بن مهاجر ضعفه غير واحد، والمشهور أن عمر هو الذي صالحهم. قال أبو عبيد «ثنا أبو معاوية، ثنا أبو إسحاق الشيباني عن السفاح عن داود بن كُرْدوس قال: صالحت عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن بني تغلب ـ بعدما قطعوا الفرات، وأرادوا أن يلحقوا بالروم ـ على ألا يصبغوا صبياً ولا يُكرهوا على دين غير دينهم، وعلى أن عليهم العشر مضاعفاً من كل عشرين درهماً درهم. فكان داود يقول: ليس لبني تغلب ذمة، قد صبغوا في دينهم.

قال أبو عبيد: قوله: «لا يصبغوا في دينهم» يعني لا ينصروا أولادهم.

قال أبو عبيد: وكان عبد السلام بن حرب المُلائي يزيد في إسناد هذا الحديث ـ بلغني ذلك عنه ـ عن الشيباني عن السفاح عن داود عن عبادة بن النعمان عن عمر. وحدثني سعيد بن سليمان عن هُشيم قال: ثنا مغيرة عن السفاح بن المثنى عن زرعة بن النعمان ـ أو النعمان بن زرعة ـ أنه سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكلمه في نصارى بني تغلب، وكان عمر رضي الله عنه قد همّ أن يأخذ منهم الجزية فتفرقوا في البلاد. فقال النعمان لعمر: يا أمير المؤمنين، إن بني تغلب قوم عرب، يأنفون من الجزية، وليست لهم أموال، إنما هم أصحاب حروث ومواشٍ، ولهم نكاية في العدو، فلا تعن عدوك عليك بهم. فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن أضعف عليهم الصدقة، واشترط عليهم ألا ينصروا أولادهم. قال مغيرة: فحُدثت أن علياً قال: لئن تفرغت لبني تغلب ليكونن لي فيهم رأي: لأقتلن مقاتلتهم ولأسبين ذراريهم، فقد نقضوا العهد، وبرئت منهم الذمة حين نصروا أولادهم.

وحدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن شعبة عن الحكم عن إبراهيم عن زياد بن حُدير: أن عمر رضي الله عنه أمره أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر، ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر.

قال أبو عبيد: «والحديث الأول ـ حديث داود بن كردوس وزرعة ـ هو الذي عليه العمل: أن يكون عليهم الضعف مما على المسلمين، ألا تسمعه يقول: من كل عشرين درهماً درهم، وإنما يؤخذ من المسلمين إذا مروا بأموالهم على العاشر من كل أربعين درهماً درهم: فذلك ضِعف هذا، وهو المضاعف الذي اشترط عمر عليهم. وكذلك سائر أموالهم من المواشي والأرضين يكون عليها في تأويل هذا الحديث: الضعف أيضاً، فيكون في كل خمس من الإبل شاتان، وفي العشر أربع شياه ثم على هذا ما زادت، وكذلك الغنم والبقر؛ وعلى هذا الحب والثمار: فيكون ما سقته السماء فيه عشران، وفيما سقي =

وقال سيدنا علي (رضي الله عنه): لا تؤكل ذبائح نصارى العرب، لأنهم ليسوا بأهل الكتاب، وقرأ قوله (عزَّ شأنه): ﴿وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لاَ يَعْلَمُونَ الكِتَابَ إِلاَّ أَمَانِيَّ﴾ [البقرة:٧٨] .

وقال ابن عباس (رضي الله عنهما): تؤكل، وقرأ قولَهُ (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ﴾[١] [المائدة:٥١] والآية الكريمة التي تلاها سيدنا علي (رضي الله عنه) دليلٌ على أنهم من أهل الكتاب، لأنه قال (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لاَ يَعْلَمُونَ الكِتَابَ﴾ أي: من أهل الكتاب، وكلمة (من) للتبعيض إلا أنهم [ربما][٢] يخالفون غيرهم من النصارى في بعض شرائعهم، وذا [لا][٣] يخرجهم عن كونهم نصارى كسائر النصارى، فإن انتقل الكتابي إلى دين [غير][٤] أهل الكتاب من الكفرة لا تؤكل ذبيحته، لأن المسلم لو انتقل إلى ذلك الدين لا تؤكل ذبيحته، فالكتابي أولى[٥].

= بالغرب عشر. وفي حديث عمر رضي الله عنه وشرطه عليهم: أن يكون على أموال نسائهم وصبيانهم مثل ما على أموال رجالهم. وكذلك يقول أهل الحجاز. انتهى.

فهذا الذي فعله عمر رضي الله عنه وافقه عليه جميع الصحابة والفقهاء بعدهم. ويروى عن عمر بن عبد العزيز أنه أبى عليهم إلا الجزية وقال: «لا والله إلا الجزية! وإلا فقد آذنتم بالحرب». ولعله رأى أن شوكتهم ضعفت، ولم يخف منهم ما خاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فإن عمر رضي الله عنه كان بعد مشغولاً بقتال الكفار وفتح البلاد، فلم يأمن أن يلحقوا بعدوه فيقوونهم عليه، وعمر أمن ذلك. وأما علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال: «لئن بقيت لهم لأقتلن مقاتلتهم، ولأسبين ذريتهم، فإنهم نقضوا العهد ونصروا أولادهم».

وعلى هذا، فلا تجري هذه الأحكام التي ذكرها الفقهاء فيهم، فإنهم ناقضون للعهد، ولكن العمل على جريانها عليهم، فلعل بعض الأئمة جدد لهم صلحاً: على أن حكم أولادهم. حكمهم، كسائر أهل الذمة. والله أعلم. ينظر: أحكام أهل الذمة (١/ ٧٥ ـ ٧٩).

(١) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٢/ ٥١٦) وعزاه إلى ابن أبي شيبة وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم.

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) وأما مناكحتهم وحل ذبائحهم ففيها قولان للصحابة، وهما روايتان عن الإمام أحمد: إحداهما لا تحل، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه والشافعي رحمه الله. وطرد الشافعي المنع في ذبائح العرب من أهل الكتاب كلهم.

واختلف في مأخذ هذا القول فقالت طائفة: لم يتحقق دخولهم في الدين قبل التبديل، فلا يثبت لهم حكم أهل الكتاب، وهذا المأخذ جارٍ على أصل الشافعي. وقد عرفت ما فيه. وقالت طائفة أخرى: إنهم لم يدينوا بدين أهل الكتاب، بل انتسبوا إليه ولم يتمسكوا به عملاً. وهذا مأخذ علي بن أبي طالب رضي الله عنه فإنه قال: إنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر. وهذا المأخذ أصح وأفقه.

والقول الثاني: أنه تحل مناكحتهم وذبائحهم. وهذا هو الصحيح عن أحمد، رواه عنه الجماعة، وهو آخر =

ولو انتقل غير الكتابي من الكفرة إلى دين أهل الكتاب، تؤكل ذبيحته.

والأصل [فيه][1] أنه ينظر إلى حاله ودينه فيه، إنه ينظر إلى حاله ودينه وقت ذبحه[2] دون ما سواه، وهذا أصل أصحابنا أَنَّ مَنِ انتقل من [ملة الكفر إلى][3] ملة يقر عليها يجعل؛ كأنه من أهل تلك الملة من الأَصل على ما ذكرنا في «كتاب النكاح»، والمولود بين كتابي وغير كتابي تؤكل ذبيحته، أيّهما كان الكتابي، الأب أو الأم، عندنا.

وقال مالك: يعتبر الأب فإن كان كتابياً تؤكل، وإِلاَّ فلا.

وقال الشافعي: لا تؤكل ذبيحته رأساً.

والصحيحُ قولنا، لأن جعل الولد تبعاً للكتابي منهما أولى، لأنه خيرهما ديناً بالنسبة، فكان باتباعه إِياه أولى.

وأما الصابئون فتؤكل ذبائحهم في قول أبي حنيفة (رضي الله عنه)، وعند أبي يوسف ومحمد: لا تؤكل.

واختلاف الجواب [لاختلافهم في تفسير][4] في الصابئين أَنَّهم ممَّن هم؟ وقد ذكرنا ذلك في «كتاب النكاح».

ثم إنما تؤكل ذبيحة الكتابي إذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شيء أو سمع وشهد منه تسمية الله (تعالى وحده)؛ لأنه إذا لم يسمع منه شيئاً يحمل على أنه قد سمى الله تبارك وتعالى وجَرَّدَ التسمية؛ تحسيناً للظن به كما بالمسلم.

ولو سمع منه ذكر اسم الله تعالى لكنه عنى بالله (عزَّ وجلَّ) المسيح (عليه السلام)،

= الروايتين عنه. قال إبراهيم بن الحارث: وكان آخر قوله أنه لا يرى بذبائحهم بأساً. وهذا قول ابن عباس رضي الله عنهما. وروي نحو عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبه قال الحسن والنخعي والشعبي وعطاء الخراساني والحكم وحمّاد وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه.

قال الأثرم: وما علمت أحداً كرهه من أصحاب النبي ﷺ إلا علياً رضي الله عنه، وذلك لدخولهم في عموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌ لَّكُم﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ ولأنهم أهل كتاب يقرون على دينهم ببذل المال، فتحلّ ذبائحهم ونسائهم كبني إسرائيل. ينظر: أحكام أهل الذمة (١/ ٨٧ ـ ٨٨).

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: ذبيحته.

(٣) سقط من ط.

(٤) في ط: لاختلاف تفسيرهم.

قالوا: تؤكل لأنه أظهر تسمية هي تسمية المسلمين، إلا إذا نص، فقال: بسم الله الذي هو ثالث ثلاثة، فلا تحل.

وقد روي عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون، فقال (رضي الله عنه): قد أحلَّ الله ذبائحهم وهو يعلم بما[١] يقولون.

فأما إذا سمع منه أنه سمى المسيح (عليه الصلاة والسلام) وَحْدَهُ، أو سمى الله (سبحانه وتعالى) وسمى المسيح ـ لا تؤكل ذبيحته.

كذا روى سيدنا علي (رضي الله عنه) ولم يرو عن[٢] غيره خلافة، فيكون إِجماعاً.

ولقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ [المائدة:٣] وهذا أهل لغير الله (عزَّ وجلَّ) به فلا يؤكل[٣].

---

(١) في ط: ما.

(٢) في ط: عنه.

(٣) ذكر جميع الفقهاء إجماع أهل العلم على إباحة ذبائح أهل الكتاب؛ وقالوا: إن خلاف الشيعة لا يعتد به؛ لأنه لا يعتد بهم في الإجماع، إلا أننا قد رأينا أن نذكر ما استدلوا به على مدعاهم ليتسنى لنا النظر فيه ونقضه فتبطل بذلك الدعوى ودليلها.
استدل لهم البهائي بالكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾.
ووجه الدلالة أن أهل الكتاب لا يذكرون اسم الله تعالى على ذبائحهم فتكون ممنوعة بنص الكتاب، ولو فرض أن النصراني تلفظ باسم الله تعالى عند الذبح فإنا يقصد الإله الذي يقصد أنه «أبو المسيح» وكذا اليهود إنما يقصد الإله الذي «عزير ابنه» فوجد هذا اللفظ في الحقيقة كعدمة. وأما تأويل قوله تعالى: ﴿ما لم يذكر اسم الله عليه﴾ بالميتة فظاهر البعد وأبعد منه تأويله بما ذكر عليه اسم غير الله.
أما السنة فاحتجوا بروايات عن أئمة أهل البيت منها: ما روي عن جعفر الصادق أنه قال: عند جريان ذكر أهل الكتاب: لا تأكلوا ذبائحهم.
واحتج لهم بإجماع جمهورهم على تحريم ذبيحتهم.
واحتج الجمهور بالكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم﴾ ووجه الدلالة أن الطعام يشمل اللحم وغيره، كذا فسره أهل اللغة كالجوهري وغيره، أما حمله في الآية على الحبوب والفواكه ونحوهما مما لا يحتاج إلى تذكية فيدفعه الإضافة إلى أهل الكتاب إذ حبوب جميع الكفار، وفواكههم حلال.
ولو حمل على الحبوب ونحوها لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علواً كبيراً. فالآية قاطعة بجواز أكل ذبائحهم.
أما ما ذكروه من التنافي بينها وبين قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ فيمكن دفعه بوجهين الأول: أنه يحمل الموصول على الميتة ـ كما روي عن ابن عباس ـ ويدل عليه قوله تعالى =

....

= في هذه الآية: ﴿وإن الشياطين ليوحون إلى أوليائهم ليجادلوكم﴾ فقد روي في تفسيرها: أن الكفار كانوا يقولون للمسلمين: إنكم تزعمون أنكم تعبدون الله تعالى، فما قتل الله أحق أن تأكلوه مما قتلتموه أنتم.

ووجه التأييد أنهم أرادوا بما قتل الله ما مات حتف أنفه فينبغي حمل الموصول في صدر الآية على ذلك أيضاً لتلاؤم أجزاء الكلام وخروجه عن التنافر.

الوجه الثاني: تأويل الصلة بما ذكر اسم غير الله عليه يدل له قوله تعالى: ﴿وإنه لفسق﴾ وقد وصف الله الفسق بما ذكر اسم غير الله عليه حيث قال: «قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به».

فوصف الفسق بما أهل لغير الله به في هذه الآية قرنية ظاهرة على أن المراد به في تلك هذا المعنى لا غير.

أما السنة فقد روي أن النبي ﷺ: أكل من الذراع المسمومة الذي أهدته اليهودية له.

وأكله من ذلك يدل على حل ذبيحة اليهود ولا قائل بالفصل بين اليهود والنصارى.

وقد نقل الفقهاء إجماع العلماء على إباحة ذبائحهم مما لا يدع شبهة بعد ذلك للشيعة أو غيرهم.

هذا وعدم الحرج المقرر في الشريعة الإسلامية هادم لرأي الإمامية والله أعلم.

أما حقيقة أهل الكتاب فقد ذهب السادة الشافعية إلى أن أهل الكتاب هم الذين أوتوه لا من دان به بعد نزول القرآن.

فنصارى العرب وهم: تنوخ، وبهراء، وبنو تغلب. وكذا من شك في وقت دخولهم في دين أهل الكتاب لم تحل ذبائحهم.

وبه قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن أبي طالب وعطاء وسعيد بن جبير.

وأباح ذبائحهم ابن عباس والنخعي والشعبي والزهري وحماد وأبو حنيفة وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وجمهور الفقهاء الحجازيين والعراقيين.

واستدل الجمهور بعموم قوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾. ولا فرق بين عربي وعجمي وغير ذلك.

واحتج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿ومن يتولهم منكم فإنه منهم﴾ فقال: لو لم تكن بنو تغلب من النصارى إلا بتوليهم إياهم لأكلت ذبائحهم.

استدل الشافعية: بما روي عن عمر رضي الله عنه قال: «ما نصارى العرب بأهل كتاب، لا تحل لنا ذبائحهم وما أنا بتاركهم حتى يسلموا أو أضرب أعناقهم».

وبما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: «لا تأكلوا ذبائح نصارى بني تغلب فإنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر».

قال الإمام الشافعي رضي الله عنه في الأم كأنهما «عمر وعلياً» ذهبا إلى أنهم لا يضبطون موضع الدين، فيعقلون كيف الذبائح وذهبا إلى أن أهل الكتاب هم الذين أوتوه، لا من دان به بعد نزول القرآن وبهذا نقول.

ثم قال الشافعي: وقد روى عكرمة عن ابن عباس أنه أحل ذبائحهم وتأول: «ومن يتولهم منكم فإنه منهم». وهو لو ثبت عن ابن عباس كان المذهب إلى قول عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما أولى. =

ومن أكلت ذبيحته ممن ذكرنا أكل صيده الذي صاده بالسهم أو بالجوارح، ومن لا فلا؛ ولأن أهلية المذكي شرط في نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية جميعاً.

= ومعه المعقول فأما ﴿ومن يتولهم منكم فإنه منهم﴾ فمعناها على غير حكمهم. اهـ.
وكأن الإمام الشافعي، يريد بالمعقول، أنهم دخلوا في النصرانية بعد التبديل، ولا يعلم هل دخلوا في دين من بدل منهم أو في دين من لم يبدل، فصاروا كالمجوس: لما أشكل أمرهم في الكتاب لم تحل ذبائحهم، والرأي كما قال والله أعلم.
«لو ذبح أهل الكتاب ما حرم الله عليهم» مثل كل ذي ظفر: قال قتادة: هي الإبل والنعام والبط وما ليس بمشقوق الأصابع، أو ذبح دابة لها شحم محرم عليه.
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:
فالجمهور على الجواز وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وقالت جماعة من أهل العلم: إنما أحل لنا من ذبائحهم ما أحل لهم. وبه قال الإمام مالك رحمه الله.
واستدل الإمام مالك رحمه الله بالمنقول والمعقول:
أما المنقول: فقوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾.
ووجه الدلالة أن الله تعالى أباح لنا طعامهم وهذا ليس من طعامهم.
أما المعقول فلأن الشحم جزء من البهيمة لم يبح لذابحها فلم يبح لغيره قياساً على الدم.
واحتج الجمهور بالمنقول والمعقول:
أما المنقول: فما رواه الصحيحان عن عبد الله بن مغفل قال: «أصبت جراباً من شحم يوم خيبر، قال: فالتزمته وقلت: لا أعطي اليوم أحداً من هذا شيئاً، قال: فالتفت فإذا رسول الله ﷺ مبتسماً» لفظ مسلم.
ووجه الدلالة: أن تبسمه عليه الصلاة والسلام إنما كان لما رأى من شدة حرص ابن مغفل على أخذ الجراب ومن ضعفه به، ولم يأمره عليه الصلاة والسلام بطرحه ولا نهاه.
أما المعقول: فلأنها ذكاة أباحت اللحم والجلد، فأباحت الشحم قياساً على ذكاة المسلم.
هذا. وقد رفع الله سبحانه وتعالى ذلك التحريم بالإسلام واعتقادهم فيه لا يؤثر لأنه اعتقاد فاسد.
ولا حجة لهم في الآية بل هي حجة للجمهور فإن معنى «طعامهم» ذبائحهم، لا ما أكلوه؛ لأنهم يأكلون الخنزير والميتة والدم ولا يحل لنا شيء من ذلك.
كذلك فسره العلماء. وذكر الألوسي في تفسير قوله تعالى: ﴿وطعامكم حل لهم﴾ ما يؤيد هذا؛ حيث قال: إن معنى الآية: أن انظروا إلى ما أحل لكم في شريعتكم فإن أطعموكموه فكلوه، ولا تنظروا إلى ما كان محرماً عليهم، فإن لحوم الإبل ونحوها كانت محرمة عليهم، ثم نسخ ذلك في شريعتنا فالآية بيان لنا لا لهم. أي اعلموا أن ما كان محرماً عليهم مما هو حلال لكم قد أحل لكم أيضاً؛ ولذلك لو أطعمونا خنزيراً أو نحوه وقالوا: هو حلال في شريعتنا، وقد أباح الله لكم طعامنا، كذبناهم وقلنا: إن الطعام الذي يحل لكم هو الذي يحل لنا لا غيره.
وحاصل المعنى: طعامهم حل لكم إذا كان الطعام الذي أحللته لكم وهذا التفسير هو معنى قول السدّي وغيره .اهـ.
وبمثل هذا قال الإمام الشافعي رضي الله عنه أما قياسهم فمنتقض بما ذبحه الغاصب. وبهذا يعلم رجحان مذهب الجمهور والله سبحانه وتعالى أعلم. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة، وينظر: الأم (٢/٢٠٦).

ومنها: التسمية حالة الذكر عندنا.

وعند الشافعي ليست بشرط أصلاً.

وقال مالك (رحمه الله): إنها شرطٌ حالة الذكر والسهو حتى لا يحل متروك التسمية ناسياً عنده، والمسألة مختلفة بين الصحابة (رضي الله تعالى عنهم)[1].

---

(١) أجمع الفقهاء على مشروعية التسمية عند الذبح، وعن الإرسال والرمي إلى الصيد. ولكنهم اختلفوا في كونها شرطاً في حل الأكل.
فمذهب الشافعي وأصحابه إلى أنها سنة، فلو تركها عمداً أو سهواً حل الصيد والذبيحة. وهي رواية عن مالك وأحمد.
وروي ذلك عن ابن عباس، وأبي هريرة، وعطاء، وسعيد بن المسيب والحسن، وجابر بن زيد، وعكرمة، وأبي عياض، وأبي رافع، وطاوس، وإبراهيم النخعي، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وقتادة، وذهب أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ إلى أن التسمية شرط للإباحة مع الذكر دون النسيان، فإن تركها عمداً فالذبيحة ميتة.
وهو مذهب جماهير العلماء، والصحيح من مذهب مالك رضي الله عنه، والمشهور عن أحمد في الذبيحة.
وقال أهل الظاهر: إن تركها عمداً أو سهواً لم يحل. وهو الصحيح عن أحمد في الصيد.
وروي عن ابن سيرين، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، ونافع، وعبد الله بن يزيد الخطمي، والشعبي، وأبي ثور.
احتج القائلون بالسنية: بالكتاب والسنة والقياس:
أما الكتاب: فمنه قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾.
ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أباح المذكي، ولم يذكر التسمية، فلو كانت التسمية شرطاً، لما تركها وأباح المذكاة بدونها. فإن ورد على هذا أن الحيوان لا يكون مذكى إلا بالتسمية. قلنا: الذكاة في اللغة: الشق، والفتح، وقد وجدا. ومنه قوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ أباح الله سبحانه وتعالى لنا ذبائحهم وهم لا يسمون عليها غالباً.
أما السنة: فمنها ما روي عن هشام بن عُروة عن أبيه عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن قوماً جاؤوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ قَوْماً حَدِيثُو عَهْداً بِالْجَاهِلِيَّةِ يَأْتُونَا بِلَحْمٍ لاَ نَدْرِي أَذَكَرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ أَمْ لَمْ يَذْكُرُوا. فَنَأْكُلُ مِنْهَا؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «سَمُّوا وَكُلُوا».
حديث صحيح رواه البخاري، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه، بأسانيد صحيحة كلها.
وأما دعوى الإرسال، كما قال مالك، والدارقطني، وكثير: فيجاب عنها بوصل البخاري له، وبأن الحكم للواصل إذا زاد عدد من وصل على من أرسل، واحتف، بقرينة تقوي الوصل كما هنا؛ إذ عروة معروف بالرواية عن عائشة، ففيه إشعار بحفظ من وصله عن هشام دون من أرسله.
ووجه الدلالة: أن التسمية لو كانت من شرائط الحل، لما أمرهم النبي ﷺ بالأكل عند وقوع الشك فيها. كما لو عرض الشك في نفس الذبح، فلم يعلم: هل وقعت الذكاة المعتبرة أو لا؟ =

....

= وقوله ﷺ: «سَمُّوا وَكُلُوا» المراد بها: التسمية المستحبة عند أكل كل طعام، وشرب كل شراب.
وهذه التسمية قد نابت عن التسمية عند الذبح.
فلو كانت التسمية عند الذبح شرطاً، لما نابت هذه التسمية ـ وهي سنة ـ عنها.
ومنها: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اسْمُ اللَّهِ عَلَى قَلْبِ كُلِّ مُسْلِمٍ سَمَّى أَوْ لَمْ يُسَمِّ». وكون الذكر في قلبه في حالة العمد أظهر منه في حالة النسيان.
فإن قيل: إن هذا الحديث مخصص بالناسي؛ لما روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال: يا رسول الله: أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَذْبَحُ وَيَنْسَى أَنْ يُسَمِّيَ اللَّهَ: فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: «اسْمُ اللَّهِ عَلَى قَلْبِ كُلِّ مُسْلِمٍ».
فأجاب عنه النووي بأن هذا: حديث منكر مجمع على ضعفه. وقد أخرجه البيهقي من حديث أبي هريرة وقال: «منكر لا يحتج به».
أما المعقول:
فلأن التسمية لو كانت شرطاً للعمل لما سقطت بعذر النسيان. نظير هذا إشتراط الطهارة للصلاة، فإنها لما كانت شرطاً لم تجز صلاة من نسي الطهارة.
ولو سلم القول باشتراطها، فالملة أقيمت مقامها.
وهذا ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن متروك التسمية ناسياً، فقال: «يحل تسمية ملته».
وفي إقامة الملة مقام التسمية لا فرق بين العمد والنسيان وأيضاً: لو كانت التسمية من شرائط الحل: لكانت مأموراً بها. ولا فرق في المأمورات بين العمد والنسيان، كقطع الحلقوم والمريء في الذبح، وكالتكبير والقراءة في الصلاة وإنما يقع الفرق بينهما في المزجورات: كالأكل والشرب في الصوم؛ لأن موجب النهي: الانتهاء. والناسي يكون منتهياً اعتقاداً.
فأما موجب الأمر فهو الائتمار، والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤتمراً.
وأيضاً: فلأن التسمية هنا؛ لاستصلاح الأكل، فكانت ندباً لا حتماً: كالطبخ والخبز.
ثم فيما هو المقصود ـ وهو الأكل ـ التسمية فيه ندب، وليست بحتم. فهذا ـ وهو طريق إليه ـ أولى.
استدل الجمهور من الحنفية والمالكية، وغيرهم: بالكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾. والاستدلال بالآية من وجهين:
أحدهما: أن هذا نهي، ومطلق النهي، للتحريم.
والثاني: أنه سمى أكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقاً. بقوله عز وجل: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ ولا فسق إلا بارتكاب المحرم. وقالوا: إن ظاهر الآية، وإن كان يقتضي شمولها لمتروك التسمية نسياناً إلا أن الشارع جعل الناسي ذاكراً، لعذر من جهته، وفي ذلك رفع للحرج؛ لأن الإنسان كثير النسيان. ولو أريد بالآية هذا الظاهر؛ لجرت المحاجة، وظهر الانقياد، وارتفع الخلاف في الصدر الأول؛ لأن ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان، وفي ذلك من الحرج ما لا يخفى، والحرج مدفوع، كما هو مقرر في الشريعة ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.
فوجب حمل الآية على حالة العمدة دفعاً للمتعارض. على أن الناسي ليس بتارك للتسمية، بل هي في قلبه لما روي عنه ﷺ «تَسْمِيَةُ اللَّهِ فِي قَلْبِ كُلِّ مُسْلِمٍ» وحينئذٍ يكون متروك التسمية سهواً ليس مما لم يذكر اسم الله عليه. =

....

= ونوقش هذا الاستدلال: بأن النهي في الآية مخصوص بما إذا ذبح على اسم النصب: يدل على ذلك وجوه:
أولاً: قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ وهذا على وجه التحقيق والتأكيد، لا يصح في حق أكل ما لم يذكر اسم الله عليه: عمداً، أو سهواً، إذ لا فسق بفعل ما هو محل الاجتهاد.
وقد أجمع المسلمون على أن لا يفسق آكل ذبيحة المسلم الذي ترك التسمية.
ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لَيُوحُونَ إِلَىٰ أَوْلِيَائِهِمْ لِيُجَادِلُوكُمْ﴾.
وهذه المناظرة إنما كانت في مسألة الميتة؛ لما روي أن قوماً من المشركين قالوا للمسلمين: «تأكلون ما تقتلونه، ولا تأكلون ما يقتله الله»؟.
يقصدون بما قتل الله ما مات حتف أنفه. وثالثا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾. معناه والله أعلم: إنكم لو رضيتم بهذه الذبيحة التي ذبحت على اسم الأوثان، فقد رضيتم بألوهيتها، وذلك يوجب الشرك.
قال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه: «فأول الآية وإن كان عاماً بحسب الصيغة، إلا أن آخرها لما حصلت فيه هذه القيود الثلاثة علمنا أن المراد من ذلك العموم: هو هذا الخصوص».
قالوا: ومما يؤكد هذا المعنى قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ إذ لا يصح أن يكون معطوفاً على النهي قبله، لأنه عطف الخير: على الإنشاء ضعيف، إن لم يكن ممنوعاً.
ويكون قوله: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ قيداً في النهي، فصار هذا النهي مخصوصاً بما إذا كان الأكل فسقاً.
ثم طلبنا في كتاب الله تعالى: أنه متى يكون الأكل فسقاً؟ فوجدناه مفسراً في آية أخرى ﴿أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾، فصار الفسق في هذه الآية مفسراً بما أهل لغير الله به، وإذا كان كذلك كان قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ مخصوصاً بما أهل لغير الله به.
وأجاب بعض الشافعية: بحمل النهي على كراهة التنزيه. جمعاً بين الأدلة.
أما السنة:
فمنها ما روي عن عدي بن حاتم أنه قال: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أُرْسِلُ كِلاَبِي الْمُعَلَّمة، فَيُمْسِكْنَ عَلَيَّ، وَأَذْكُرُ اسْمَ اللَّهِ. فَقَالَ: «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ فَاذْكُرِ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ثُمَّ كُلْ» رواه البخاري ومسلم.
وله روايات أخرى كهذه: كلها تدل على وجوب ذكر اسم الله تعالى عند الرمي والإرسال.
ومنها: ما روي عن أبي ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال: «وَمَا صِدْتَ بِقَوْسِكَ فَاذْكُرِ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ثُمَّ كُلْ، وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ الْمُعَلَّم فَاذْكُرِ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ثُمَّ كُلْ».
وأجاب الشافعية عن حديثي عدي وأبي ثعلبة: بأن الأمر فيهما محمول على الندب، من أجل أنهما كانا يصيدان على مذهب الجاهلية، فعلمهما النبي ﷺ أمر الصيد: فرضه ومندوبه، لئلا يواقعا شبهة من ذلك وليأخذا بأكمل الأمور فيما يستقبلان.
وأما الذين سألوا عن الذبح في حديث عائشة رضي الله عنها السابق فإنهم قد سألوا عن أمر وقع، ليس لهم فيه قدرة على الأخذ بالأكمل، فعرفهم ﷺ بأصل الحل فيه، وقال لهم: «سَمُّوا وَكُلُوا».
أما الإجماع:
فقالوا في تقريره: لا خلاف فيمن كان قبل الشافعي في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم =

أما الكلام مع الشافعي (رحمه الله) فإنه احتج بقوله (تبارك وتعالى): ﴿قُل لاَّ أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام:١٤٥] أمر النبي (عليه الصلاة والسلام) أن يقول: إنه لا يجد فيما أوحي إليه محرماً سوى الأشياء الثلاثة؛ ومتروك التسمية لم يدخل فيها، فلا يكون محرماً، ولا يقال: يحتمل أنه لم يكن المحرم وقت نزول الآية الكريمة سوى المذكور فيها، ثم حرم بعد ذلك متروك التسمية بقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١] لأنه قيل إن سورة الأنعام نزلت جملة واحدة، ولو كان متروك التسمية محرماً، لكان واجداً له فيجب أن يستثنيه كما استثنى الأشياء الثلاثة.

ولنا قوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام:١٢١] والاستدلال بالآية من وجهين:

أحدهما: أن مطلق النهي للتحريم في حق العمل.

والثاني: أنه سمى أكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقاً بقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾، ولا / فسق إلا بارتكاب المحرم، ولا تحمل الآية[1] على الميتة وذبائح أهل الشرك بقول ١/ ٢٨١ أ

= في متروك التسمية ناسياً: فمن مذهب ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أنه: يحرم، ومن مذهب علي وابن عباس ـ رضي الله عنهم ـ أنه: يحل. بخلاف متروك التسمية عامداً.

ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ ـ رحمهم الله ـ: إن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضي بجواز بيعه: لا ينفذ؛ لكونه مخالفاً للإجماع.

قال الألوسي: والحق أن المسألة اجتهاديّة، وثبوت الإجماع غير مسلم، ولو كان ما كان خرقه الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، والاستدلال على مدعاه لا يخلو عن متانة.

استدل لأهل الظاهر بظواهر الأدلة السالفة من الكتاب والسنة. فإن ظاهرهما يدل على حرمة متروك التسمية عمداً كان أو نسياناً، وقالوا:

في وجه الدلالة فيما روي عن رافع بن خديج أنه قال: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَلْقَى الْعَدُوَّ غَداً وَلَيْسَتْ مَعَنَا مُدًى، أَفَنَذْبَحُ بِالْقَصَبِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا أَنْهر الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلُوا».

قالوا: إنه علق الإذن بمجموع الأمرين:

الانهار، والتسمية. والمعلق على شيئين لا يكتفي فيه إلا باجتماعهما، وينتفي بانتفاء أحدهما.

وأما وجهة الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ في الفرق بين الذبح والصيد فهي: أن الذبح وقع في محله، فجاز أن يتسامح فيه، بخلاف الصيد.

وهذا وقد أشاد ابن حزم بمذهب الظاهرية وقال: إن ما سواه باطل لم يقم عليه دليل؛ وادعى أنه لا يعرف للشافعي دليلاً، وضعف الروايات التي استدل بها الحنفية وقال: لا يصح الاستدلال بها. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

(١) في ط: إلا.

بعض أهل التأويل في سبب نزول الآية الكريمة؛ لأن العام لا يخص بالسبب عندنا، بل يعمل بعموم اللفظ[1] لما عرف في أصول الفقه، مع ما أن الحمل على ذلك حمل على التكرار؛ لأن

---

(١) قال عامة الفقهاء: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.
وقال أصحاب الشافعي: إنّ العبرة لخصوص السبب ويصير العام خاصاً بالسبب.
وصورة المسألة في موضعين:
أحدهما: أن الحادثة إذا كانت وقعت بواحد من الناس في زمن النبي ﷺ ونزل نص في تلك الحادثة يتناول صاحب الحادثة وغيره.
فإن هذا النص عام في حق صاحب الحادثة وغيره ولا يختص به بسبب وقوع الحادثة له.
وعندهم: يختص بصاحب الحادثة، وأريد باللفظ العام الواحد مجازاً، وإنما يثبت هذا الحكم في حق غير صاحب الحادثة بنص آخر، أو بالقياس على صاحب الحادثة.
والثاني: إذا خرج كلام الرسول ﷺ جواب سؤال السائل هل يختص بالسائل؟؟ فعندهم يختص.
وعندنا: إذا كان الجواب لا يستقل بنفسه بدون السؤال يختص به.
وإن كان يستقل بنفسه ويكون مقيداً للحكم في حق السائل وغيره ولا يختص به بل يعتبر عموم الخطاب فهم احتجوا بالوجود في الكتاب، والسنة وعرف الناس، ونوع من المعقول.
أما الكتاب:
فقال الله تعالى: ﴿قُلْ لا أَجِدُ فِيما أوحي إليّ مُحَرّماً على طَاعِمٍ يَطعَمُهُ إلا﴾ وقوله: ﴿قُلْ لاَ أَجِدُ فيما أُوحِيَ إِلَيّ مُحَرّماً﴾ عام في جميع المطعومات إلا المستثنى، ثم كَثير من الأشياء غير المستثنى منه حرام: من البغل، والحمار، والضبع، وسائر السباع ونحوها.
ولكن اختص العام بالسبب.
فإن سبب نزول الآية:
أنّ الكفار كانوا يُحرّمون البحيرة، والسائبة، والوصلية، والحامي، ونحو ذلك.
فأنزل الله تعالى الآية وأخبر رسوله ـ ﷺ ـ بأن يقول للكفار: ﴿قُلْ لاَ أَجِدُ فيما أُوْحِيَ إِلَيّ محرّماً....﴾ الآية ـ يعني لا أجد في كتاب الله تعالى ـ مما تحرمونه أنتم ـ محرّماً إلا هذه الأشياء.
وروي عن النبي ـ ﷺ ـ «لا ربا إلا في النَسِيئة» والربا: يجري في النقد بإجماع الصحابة، ولكن الحديث ورد في حادثة خاصة وأختص بها.
فإنه روي أنه سئل رسول الله ﷺ عن الربا في مختلفي الجنس فال: «لا ربا إلا في النسيئة» كأنه قال: لا ربا في مختلفي الجنس إلا في النسيئة.
وأما العرفُ:
فإن من قال لآخر: (تعال تغدّ معي) فقال ـ (والله لا أتغدى) يقع على ذلك الغداء، حتى لو تغدى معه بعد ذلك لا يحنث.
وكذا لو تغدى في ذلك الوقت مع غيره لا يحنث.
فقوله: والله لا أتغدى: عام بنفسه ـ ثم اختص بذلك الغداء إلا أن السبب الداعي إلى الخلف ـ هو ذلك الغداء فاختص بالسبب.
وأما المعقول: =

....

= فلأن الجواب يختص بالسؤال خصوصاً إذا كان الجواب لا يكون مفيداً بنفسه لمعنى: ذلك المعنى موجود في الفرع:
وهو أنه لو لم يختص بالسؤال لم تكن في ذكر السؤال والجواب فائدة.
فكذا إذا نزلت الآية في حادثة خاصة في حق شخص خاص لو لم يختص بصاحب الحادثة ـ ولم ينزل قبل وقوع الحادثة، وقبل سؤال صاحب الحادثة ـ لم تظهر فائدة نزول الآية.
ولكن عامة الفقهاء احتجوا وقالوا:
بأن عامة النصوص ـ نحو آية ـ الظهار، واللعان، والقذف، والزنا، والسرقة. ونحوها نزلت عند وقوع الحوادث لأشخاص معلومين.
فلو اختصت بالحوادث لم يكن الأحكام كلها ثابتة بالكتاب، والسنة تنصيصاً إلا في حق أقوام مخصوصين.
وهذا محال عقلاً، ومخالف لإجماع الأمة.
والمعقول: يدل عليه:
وهو أن اللفظ العام: يوجب العمل بعمومه، وإنما يترك بدليل التخصيص إذا كان متصلاً به من حيث الاستثناء، والصفة، والشرط، والغاية. ويصير خاصاً في المذكور.
فأما التخصيص المنفصل المقارن:
فيجب أن يكون حكمه مخالفاً لحكم العام حتى يصح التخصيص كقوله: «اقتلوا المشركين ولا تقتلوا أهل الذمة» فيخص أهل الذمة من اللفظ العام.
وفي مسألتنا صاحب الحادثة غير مذكور متصلاً باللفظ العام، فيحتاج إلى الاضمار: وهو شيء منفصل.
واللفظ العام تناوله وغيره من الناس.
فلا يكون الحكم في حقه خلاف حكم غيره حتى يخص من الجملة؛ فيكون ذكره على الخصوص ـ بعد ما صار مذكوراً بطريق العموم ـ من باب التأكيد.
ألا ترى أن من قال لغيره: (أَعْتِقْ عبيدي) ثم قال ـ مقارناً للأول (اعتق عبدي سالماً) لا يكون هذا تخصيصاً بل يكون تأكيداً لما ثبت باللفظ العام؛ لأن سالماً دخل تحت قوله: (اعتق عبيدي).
فقوله (أعتق سالماً) يوجب زيادة تأكيد.
لا أن يصير العام خاصاً في حقه.
مع أن فيه جعل الحقيقة مجازاً ـ وهو إطلاق العام على الخاص فيكون فيما قالوا تغيير من وجوه: وهو:
١ ـ إثبات ما ليس بمذكور ـ وهو إضمار صاحب الحادثة.
٢ ـ وفي تخصيص العام به دون غيره ـ جعل اللفظ العام مجازاً من غير ضرورة.
ومع ذلك لا يثبت به التخصيص بل يثبت به التأكيد؛ لأن الحكم غير مختلف.
حتى إذا اختلف الحكم يكون تخصيصاً؛ فإن من قال لغيره (أعتق عبيدي) ثم قال: مقارناً له: (لا تعتق عبدي سالماً) يصير مخصوصاً من الجملة.
وفيما تعلق به الخصم من الكتاب، والسنة والعرف ـ قام الدليل على أنه لا يمكن العمل بعمومه.
ونحن نسلم: أنه إذا كان لا يمكن العمل بعمومه تَخَصَّصَ بالحادثة ويصير مذكوراً دلالة. =

حرمة الميتة وذبائح أهل الشرك ثبتت بنصوص أخر، وهي قولُه (عزَّ وجلَّ): ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة:٣] وقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [المائدة:٣] وقولُه (عزَّ وجلَّ):

= فإنه لما لم يكن العمل بالعموم في قوله تعالى: ﴿قُلْ لاَ أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيّ مُحَرماً على طاعم يطعَمُهُ﴾ لحرمة كثير مما لم يذكر في النص المستثنى ـ وجب القول بالزيادة على النص: السبب الوارد ـ وهو تحريم الكفار البَحِيرَةَ، والسائبة، والوصيلة، والحامي، ونحوها. فيصير كأنه قال: قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً مما تحرمون أنتم من البحيرة وغيره، إلا أن يكون ميته. . . . الآية.

وكذا في الحديث الذي رويتم: لما كان الربا ثابتاً في النقد ـ وقد ورد الحديث في مختلفي الجنس ـ زيد عليه واختص بالحادثة كأنه قال: «لا رِبَا فِي مُخْتَلِفَي الْجِنْسِ إلا فِي النَسِيئَةِ».

وكذا في مسألة الدعاء إلى الغداء يتقيد اليمين بالغداء المدعو إليه.

وإن كان قوله ـ(والله لا أتغدى) ـ عاماً: لأن دلالة الحال تدل على أنه لم يرد به العموم فيتقيد بالسبب الداعي إلى الحِلْفِ ـ كأنه قال: والله لا أتغدى هذا الغداء الذي دعوتني إليه.

ومن ادعى ـ في الفرع أنه لا يمكن العمل بعموم اللفظ حتى يقيد بالسبب وصاحب الحادثة: فعليه الدليل.

قولهم: إنه لو لم يختص بصاحب الحادثة لم يكن في نزول النص العام فائدةٌ ـ كما في الجواب المبني على السؤال!!

فنقول: فائدة نزول الآية عقيب الحادثة في حق صاحبها هو ظهور الحكم في حقه والخروج عن عهدة تلك الحادثة وفي حقه لا فرق بين أن ينزل الحكم خاصاً في حقه أو عاماً، لدخوله في العام.

وهذا لأن النصوص قد تنزل قبل وقوع الحوادث وقد تنزل عندها. ولله تعالى حكمة ومصلحة في ذلك كله.

وهكذا نقول في جواب السائل إذا كان مفيداً في نفسه أنه لا يختص بالسؤال.

فأما إذا لم يكن مفيداً في نفسه يقتضي إعادة السؤال ويختص به حتى لا يلغو.

ألا ترى أن من سأل رجلاً فقال: (هل جاري محمد في هذه الدار)؟ فقال: (جميع جيرانك في هذه الدار) فهذا لا يختص بالسؤال ويكون جواباً له؛ لأنه إذا كان جميع جيرانه في الدار فالجار المسؤول عنه: يكون كذلك فيحصل للسائل الغرض بالجواب؛ وإن كان عاماً لا خاصاً: فكذا ههنا.

وكذا روي عن النبي ـ ﷺ ـ أنه سئل عن ماء البحر فقال: «الطَّهُورُ مَاؤُهُ والْحِلُّ مِيْتَتُهُ» فالسؤال عن الماء؟ ثم بيّن حكم حل تناول ما في البحر ـ وهو زيادة على الجواب فيقدر السؤال يكون جواب السائل، وما زاد عليه يكون لابتداء التعليم. فكذا هذا: يجوز أن يرد لفظ عام فيكون زيادة على الجواب فبقدر السؤال يكون جواباً، وما زاد عليه يكون لابتداء التعليم: والله أعلم.

ينظر: المعتمد (١/ ٣٠٣)، اللمع ص (٢١)، التبصرة ص (١٤٥)، وأصول السرخسي (١/ ٢٧٢)، المستصفى (٢/ ٦٠)، العدة (٢/ ٦٠٨)، المنخول ص (١٥١)، والوصول إلى الأصول (١/ ٢٢٧)، المحصول (١ ـ ٣/ ١٨٨)، الروضة لابن قدامة ص (١٢٢)، الإحكام للآمدي (٢/ ٨٤)، المختصر لابن الحاجب ص (١١٠)، المسودة ص (١٣٠)، شرح تنقيح الفصول ص (٢١٦)، جمع الجوامع (٢/ ٣٨)، نهاية السول (٢/ ٤٧٧)، التمهيد للأسنوي (٤١٠ ـ ٤١١)، القواعد والفوائد الأصولية ص (٢٤٠)، شرح الكوكب (٣/ ١٧٧)، تيسير التحرير (١/ ٢٦٤)، فواتح الرحموت (١٢/ ٢٩٠)، إرشاد الفحول ص (١٣٤).

﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ﴾ [المائدة:٣] فالحملُ على [ذلك حمل على التكرار والحمل][١] على ما قلنا، ويكون حملاً على فائدة جديدة، فكان أولى، وقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ [الحج:٣٦] ومطلق الأمر للوجوب في حق العمل، ولو لم يكن شرطاً لما وجب.

وروى الشعبي عن عدي بن حاتم (رضي الله عنهما) قال: سألتُ رسولَ الله ﷺ عن صيدِ الكلبِ، فقال: «مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ فَكُلْهُ، فَإِنَّ أَخْذَهُ ذَكَاتُهُ»[٢] فإنْ وجدت عند كلبك غيره، فحسبت أن يكون أخذه معه، وقد قتله فلا تأكل؛ لأنك إنما ذكرت اسم الله (تعالى) على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك؛ نهى النبي (عليه الصلاة والسلام) عن الأكل وعلل بترك التسمية فدل أنها شرط.

وأما الآيةُ الكريمةُ ففيها أنه [ما][٣] كان يجد وقت نزول الآية الشريفة محرماً سوى المذكور فيها، فاحتمل أنه كان كذلك وقت نزول الآية الشريفة [ثم][٤] وجد تحريم متروك التسمية بعد ذلك لما تلونا؛ كما كان لا يجد تحريم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلبٍ من الطير، وتحريم الحمار والبغل عند نزولها، ثم وجد بعد ذلك بوحي متلوٍّ أو غير متلو على ما ذكرنا.

وأما ما يروى أنَّ سورةَ الأنعام نزلت كلها جملةً واحدة[٥]، فمروى على طريق الآحاد،

---

(١) في ط: على ما قاله يكون حملاً.
(٢) تقدم تخريجه من حديث عدي بن حاتم.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ط.
(٥) أخرج أبو عبيد والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما. وروى ابن مردويه والطبراني عنه أنها نزلت بمكة ليلاً جملة واحدة، وروى خبر الجملة أبو الشيخ عن أبي بن كعب مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ، وأخرج النحاس في ناسخه عن الحبر أنها مكية إلا ثلاث آيات منها فإنها نزلت بالمدينة ﴿قل تعالوا أتل﴾ إلى تمام الآيات الثلاث. وأخرج ابن راهويه في مسنده وغيره عن شهر بن حوشب أنها مكية إلا آيتين ﴿قل تعالوا أتل﴾ والتي بعدها. وأخرج أبو الشيخ أيضاً عن الكلبي. وسفيان قالا: نزلت سورة الأنعام كلها بمكة إلا آيتين نزلتا بالمدينة في رجل من اليهود وهو الذي قال: «ما أنزل الله على بشر من شيء» الآية. وأخرج ابن المنذر عن أبي جحيفة نزلت سورة الأنعام كلها بمكة إلا ﴿ولو أننا نزلنا إليهم الملائكة﴾ فإنها مدنية، وقال غير واحد: كلها مكية إلا ست آيات ﴿وما قدروا الله حق قدره﴾ إلى تمام ثلاث آيات ﴿وقل تعالوا أتل﴾ إلى آخر الثلاث. وعدة آياتها عند الكوفيين مائة وخمس وستون، وعند البصريين والشاميين ست وستون، وعند الحجازيين سبع وستون. وقد كثرت الأخبار بفضلها فقد أخرج الحاكم وصححه. والبيهقي في الشعب، والإسماعيلي في معجمة عن جابر قال: لما نزلت سورة الأنعام سبح رسول الله ﷺ ثم قال عليه الصلاة والسلام: «لقد شيع هذه السورة من الملائكة ما سد الأفق» وخبر =

فلا يقبل في إبطال حرمة ثبتت بالكتاب، على أن المذكور فيها من جملة المستثنى الميتة، فما الدليل على أن متروك التسمية عمداً ليس بميتة، بل هو ميتة عندنا، مع أنه لا يجد فيما أوحي إليه محرماً سوى المذكور، ونحن لا نطلق اسم المحرم على متروك التسمية؛ إذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به، ولم يوجد ذلك في محل الاجتهاد إذا كان الاختلاف بين أهل الديانة، وإنما نسميه مكروهاً أو محرماً في حق الاعتقاد قطعاً على طريق التعيين، بل على الإبهام أن ما أراد الله (عزَّ وجلَّ) من هذا النهي فهو حق، لكنا نمتنع عن أكله احتياطاً، وهو تفسير الحرمة في حق العمل.

وأما الكلام مع مالك (رحمه الله): فهو احتج بعموم قوله (تبارك وتعالى): ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١] من غير فصلٍ بين العمد والسهو؛ ولأن التسمية لما كانت واجبة حالة العمد، فكذا حالة النسيان، لأن النسيان لا يمنع الوجوب، والحظر كالخطأ حتى كان الناسي والخاطىء جائز المؤاخذة عقلاً؛ ولهذا استوى العمد والسهو في ترك تكبيرة الافتتاح والطهارة وغيرها من الشرائط، والكلام في الصلاة عمداً أو سهواً عندكم؛ كذا ههنا.

ولنا ما رُوِي عن راشد بن سعد[1] عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «ذَبِيحَةُ

= تشييع الملائكة لها رواه جمع من المحدثين إلا أن منهم من روى أن المشيعين سبعون ألفاً ومنهم من روى أنهم كانوا أقل ومنهم من روى أنهم كانوا أكثر. وأخرج الديلمي عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من صلى الفجر بجماعة وقعد في مصلاه، وقرأ ثلاث آيات من أول سورة الأنعام وكل الله تعالى به سبعين ملكاً يسبحون الله تعالى ويستغفرون له إلى يوم القيامة».

وأخرج أبو الشيخ عن حبيب بن محمد العابد قال: من قرأ ثلاث آيات من أول الأنعام إلى قوله تعالى ﴿تكسبون﴾ بعث الله تعالى له سبعين ألف ملك يدعون له إلى يوم القيامة وله مثل أعمالهم فإذا كان يوم القيامة ادخله الجنة وسقاه من السلسبيل وغسله من الكوثر وقال: أنا ربك حقاً وأنت عبدي إلى غير ذلك من الأخبار، وغالبها في هذا المطلب ضعيف وبعضها موضوع كما لا يخفى على من نقر عنها. ولعل الأخبار بنزول هذه السورة جملة أيضاً كذلك. وحكى الإمام اتفاق الناس على القول بنزولها جملة ثم استشكل ذلك بأنه كيف يمكن أن يقال حينئذٍ في كل واحد من آياتها إن سبب نزولها الأمر الفلاني مع أنهم يقولونه. والقول بأن مراد القائل بذلك عدم تخلل نزول شيء من آيات سورة أخرى بين أوقات نزول آياتها مما لا تساعده الظواهر بل في الأخبار ما هو صريح فيما يأباه. والقول بأنها نزلت مرتين دفعة وتدريجاً خلاف الظاهر ولا دليل عليه.

ويؤيد ما أشرنا إليه من ضعف الأخبار بالنزول جملة ما قاله ابن الصلاح في فتاويه الحديث الوارد في أنها نزلت جملة رويناه من طريق أبي بن كعب ولم نر له سنداً صحيحاً، وقد روي ما يخالفه انتهى. ومن هذا يعلم ما في دعوى الإمام اتفاق الناس على القول بنزولها جملة فتدبر. ينظر: روح المعاني (٤/ ٧٥ ـ ٧٦).

(١) راشد بن سعد المقرائي ويقال الحبراني الحمصي قال العجلي تابعي ثقة. وقال الدارقطني حمصي لا بأس به ويعتبر به إذا لم يحدث عنه متروك. ينظر: «الثقات» للعجلي (٣٦٣). وسؤالات البرقاني (١٥٨).

المُسْلِمِ حَلاَلٌ، سَمَّىٰ أَوْ لَمْ يُسَمِّ مَا لَمْ يَتَعَمَّدْ»[١]. وهذا نص في الباب.

وأما الآية فلا تتناول متروك التسمية [سهواً][٢] لوجهين:

أحدهما: أنه قال (عزَّ وجلَّ): ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾، أي: ترك التسمية عند الذبح فسق، وترك التسمية سهواً لا يكون فسقاً، وكذا كل متروك التسمية سهواً لا يلحقه سمة الفسق؛ لأن المسألة اجتهادية، وفيها اختلاف الصحابة، فَدَلَّ أن المراد من الآية الكريمة متروك التسمية عمداً لا سهواً.

والثاني: أن الناسي لم يترك التسمية، بل ذكر اسم الله (عزَّ وجلَّ)، إذ[٣] الذِّكْر قد يكون باللسان وقد يكون بالقلب، قال الله (تعالى): ﴿وَلاَ تُطِع مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا﴾ [الكهف:٢٨] والناسي ذاكر بقلبه، لما روي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه سُئل عن رجل ذبح ونَسَي أن يذكر اسم الله عليه؟ فقال (رضي الله عنه): اسم الله (عزَّ وجلَّ) في قلب كِلِّ مسلمٍ، فليأكلْ.

وعنه [في][٤] رواية أخرى قال: «إنَّ المسلم ذكر الله في قلبه»، وقال: «كما لا ينفعُ الاسمُ في الشرك لا يضر النسيان في الإسلام»[٥]، وعنه (رضي الله عنه) في روايةٍ أخرى قال: في المسلم اسم الله (تعالى)؛ فإذا ذبح ونسي أن يسمي فكل؛ وإذا ذبح المجوسي وذكر اسم الله تعالى فلا تطعمه.

وعن سيدنا علي (رضي الله عنه) سُئل عن هذا فقال: إنما هي علة المسألة فثبت أن الناسي ذاكر، فكانت ذبيحته مذكور التسمية فلا تتناولها الآية الكريمة، وأما قوله: إن النسيان لا يدفع التكليف ولا يدفع الحظر حتى لم يجعل عذراً في بعض المواضع على ما ضرب من الأمثلة، فنقول النسيان جعل عذراً مانعاً من التكليف؛ والمؤاخذة فيما يغلب وجوده، ولم يجعل عذراً فيما لا يغلب وجوده؛ لأنه لو لم يجعل عذراً فيما يغلب وجوده لوقع الناس في الحرج، والحرج مدفوع / ، والأَصل فيه أن من لم يعود نفسه فعلاً يعذر في تركه واشتغاله ١/ ٢٨٢ أ

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ٢٧٨) رقم (٣٧٨) من طريق ثور بن يزيد عن الصلت مرسلاً.
وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٣٩) من حديث ابن عباس مرفوعاً وسنده ضعيف.
وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٩٥) رقم (٩٤) من حديث أبي هريرة. وفيه مروان بن سالم وهو ضعيف.
وينظر: «التلخيص» (٤/ ٢٤٨).

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: و.

(٤) سقط في ط.

(٥) في أ: الملة.

بضده سهواً؛ لأن حفظ النفس عن العادة التي هي طبيعة خامسة، خطب صعب وأمرٌ أمر، فيكون النسيان فيه غالب الوجود، فلو لم يعذر للحقه الحرج، وليس كذلك إذا لم يعود نفسه.

مثاله أن الأكل والشرب من الصائم سهواً جعل عذراً في الشرع حتى لا يفسد صومه؛ لأنه عود نفسه ذلك ولم يعودها ضده، وهو الكف عن الأكل والشرب، ولم يجعل ذلك عذراً في المصلي؛ لأنه لم يعود نفسه ذلك في كل زمان، بل في وقت معهود وهو الغداة والعشي، خصوصاً في حالِ الصلاة التي تخالف أوقات الأكل والشرب، فكان الأكل والشرب فيها في غاية الندرة، فلم يجعل عذراً.

والكلام في الصلاة من هذا القبيل، لأن حالة الصلاة تمنع من ذلك عادة، فكان النسيان فيها نادراً فلم يجعل عذراً؛ وكذلك ترك تكبيرة الافتتاح سهواً لأن الشروع في الصلاة يكون بها، وتركها سهواً عند تصميم العزم على الشروع فيها مما يندر، فلم يعذر.

وكذا ترك الطهارة عند حضور وقت الصلاة سهواً؛ لأن المسلم على استعداد الصلاة عند هجوم وقتها عادة، فالشروع في الصلاة من غير طهارة سهواً يكون نادراً، فلا يعذر ويلحق بالعدم، فأما ذكر اسم الله (تعالى) فأمر لم يعوِّده الذابح نفسه؛ لأن الذبح على مجرى العادة يكون من القصابين ومن الصبيان الذين لم يعودوا أنفسهم ذِكرَ [اسم][1] اللّهِ (عزَّ وجلَّ)، فترك التسمية منهم سهواً لا يندر وجوده، بل يغلب، فجعل عذراً، دفعاً للحرج فهو الفرق بين هذه الجملة، والله (سبحانه وتعالى) هو الموفق.

وإذا ثبت أن التسمية حالة الذكر من شرائط الحل عندنا، فبعد ذلك يقع الكلام في بيان ركن التسمية، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان وقت التسمية.

أما ركنها فذكر اسم [من أسماء][2] الله (عزَّ وجلَّ) أيِّ اسم كان لقوله (تبارك وتعالى): ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتُمْ بِآيَاتِهِ مُوءْمِنِينَ وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ﴾ [الأنعام:١١٨ ـ ١١٩] من غير فصلٍ بين اسم واسم، وقوله (عزَّ شأنه): ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١] لأنه إذا ذكر اسماً من أسماء الله (تبارك وتعالى) لم يكن المأكول مما لم يذكر اسم الله عليه، فلم يكن محرماً، وسواء قرن بالاسم الصفة بأن قال الله أكبر الله أَجَلُّ، الله أعظم، الله الرحمن، الله الرحيم، ونحو ذلك، أو لم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم أو غير ذلك؛ لأنه المشروط بالآية (عزَّ شأنه) وقد وجد، وكذا في حديث عدي بن حاتم (رضي الله عنهما): «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ مِنْ غَيرِ فصلٍ بين اسمٍ واسمٍ».

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.

وكذا التهليل والتحميد والتسبيح، سواء كان جاهلاً بالتسمية المعهودة أو عالماً بها لما قلنا، وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد (رضي الله عنهما) في تكبيرة الافتتاح؛ أنه يصير شارعاً في الصلاة بلا إلٰه إلا الله، أو[١] الحمد لله، أو سبحان الله، فههنا أولى.

وأما على أصل أبي يوسف (رحمه الله) فلا يصير شرعاً بهذه الألفاظ وتصح [التسمية][٢] بها عنده، فيحتاج هو إلى الفرق، والفرق له أَن الشرعَ ما ورد هناك إلا بلفظ التكبير، وههنا ورد بذكر اسم الله (تعالى)، وسواء كانت التسمية بالعربية أو بالفارسية أو أيِّ لسانٍ كان، وهو لا يحسن العربية أو يحسنها؛ كذا روى بشر عن أبي يوسف (رحمهما الله) لو أن رجلاً سمى على الذبيحة بالرومية أو بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك عن التسمية؛ لأن الشرط في الكتاب العزيز والسنة ذكر اسم الله (تعالى) مطلقاً عن العربية والفارسية، وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة (رحمه الله) في اعتباره ـ والمعنى دون اللفظ في تكبيرة الافتتاح، فيستوي في الذبح التكبيرة العربية والعجمية من طريق الأولى.

فأما على أصلهما فهما يحتاجان إلى الفرق بين التكبير والتسمية؛ حيث قالا في التسمية أنها جائزة بالعجمية، سواء كان يحسن العربية أو لا يحسن، وفي التكبير لا يجوز بالعجمية إلاَّ إذا كان لا يحسن العربية؛ لأَن المشروط ههنا ذكر اسم الله (تعالى)، وأنه يوجد بكل لسان، والشرط هناك لفظة التكبير؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «[لاَ تُقْبَلُ][٣] صَلاَةُ امْرِىءٍ حَتَّى يَضَعَ الطَّهُورَ مَوَاضِعَهُ، وَيَسْتَقْبِلَ القِبْلَة، وَيَقُولَ: اللَّهُ أَكْبَرْ» نفى (عليه الصلاة والسلام) القبولَ بدون لفظ التكبير، ولا يوجد ذلك بغير لفظ العربية.

وأما شرائط الركن، فمنها: أن تكون التسمية من الذابح، حتى لو سمى غيره والذابح ساكت وهو ذاكر غير ناس لا يحل؛ لأَن المراد من قوله (تبارك وتعالى): ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهُ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١] أي: لم يذكر اسم الله عليه من الذابح، فكانت [التسمية][٤] مشروطة فيه.

ومنها: أن يريد بها التسمية على الذبيحة، فإِنَّ مَنْ أراد بها التسمية لافتتاح العمل لا يحل، لأَن الله (سبحانه وتعالى) أمر بذكر اسم الله (تعالى) عليه في الآيات الكريمة، ولا يكون ذكر اسم الله عليه، إلا وأن يراد بها التسمية على الذبيحة.

وعلى هذا / إذا قال: الحمدُ لله، ولم يرد به [التسمية، بل أراد به][٥] الحمد على سبيل ١/ ٢٨٢ ب

---

(١) في أ: و.
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: لا يقبل الله.
(٤) سقط من ط.
(٥) سقط من ط.

الشكر لا يحل؛ وكذا لو سبح أو هلل أو كبر ولم يرد به التسمية على الذبيحة، وَإِنما أراد به وصفه بالوحدانية والتنزه عن صفات الحدوث لا غير، لا يحل لما قلنا.

ومنها: تجريد اسم الله (سبحانه وتعالى) عن اسم غيره، وَإِن كان اسم النبي ﷺ حتى لو قال: بسم الله واسم الرسول، لا يحل؛ لقوله (تعالى): ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [المائدة: ٣].

وقول النبي ﷺ: «مَوْطِنَانِ لاَ أُذْكَرُ فِيهِمَا عِنْدَ العطَاسِ وَعِنْدَ الذَّبحِ» وقول عبد الله بن مسعود (رضي الله عنهما): جرِّدُوا التسمية عند الذبح؛ ولأن المشركين يذكرون مع الله (سبحانه وتعالى) غيره، فتجب مخالفتهم بالتجريد، ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله، فإن قال: ومحمد بالجر، لا يحل؛ لأَنه أشرك في اسم الله (عز شأنه) اسم غيره [حيث عطف][1] وإِن قال: محمد بالرفع، يحل لأنه لم يعطفه، بل استأنف فلم يوجد الإِشراك، إلا أنه يكره لوجود الوصل من حيث الصورة، فيتصور بصورة الحرام فيكره.

وإِنْ قال: ومحمداً بالنصب، اختلف المشايخ فيه.

قال بعضُهم: يحل؛ لأنه ما عطف، بل استأنف إلا أنه أخطأ في الإِعراب.

وقال بعضُهم: لا يحل؛ لأَن انتصابه بنزع الحرف الخافض؛ كأنه قال: ومحمدٌ، فيتحقق الإِشراك، فلا يحل، هذا إِذا ذكر الواو، فإن لم يذكر بأن قال: بسم الله محمد رسول الله، فإنه يحل كيفما كان؛ لعدم الشركة.

ومنها: أن يقصد بذكر اسم الله (تعالى) تعظيمُه على الخلوص، ولا يشوبه معنى الدعاء حتى لو قال: اللَّهُمَّ اغفرْ لي، لم يكن ذلك تسمية؛ لأنه دعاء، والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض، فلا يكون تسمية؛ كما لا يكون تكبيراً، وفي قوله: «اللَّهُمَّ» اختلف المشايخ كما في التكبير.

أما وقت التسمية: فوقْتُها في الذكاة الاختيارية وقت الذبح، لا يجوز تقديمها عليه إلا بزمان قليل لا يمكن التحرز عنه، لقوله (تبارك وتعالى): ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] والذبحُ مضمر فيه معناه، ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله (تعالى) عليه من الذبائح، ولا يتحقق ذكر اسم الله (تعالى) على الذبيحة إلا وقت[2] الذبح؛ وكذا قيل في تأويل الآيتين الأَخريين أن الذبح مضمر فيهما، أي: فكلُوا مما ذبح بذكر اسم الله عليه، وما لكم ألا تأكلوا مما ذبح بذكر اسم الله تعالى عليه، فكان وقت التسمية الاختيارية وقت الذبح.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: عند.

وأما [في][١] الذكاة الاضطرارية، فوقتُها وقت الرمي والإرسال، لا وقت الإِصابة؛ لقول النبيِّ ﷺ لعدي بن حاتم (رضي الله عنه) حين سأله عن صيد المعراض والكلب: «إِذَا رَمَيْتَ بِالْمِعْرَاضِ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ، وَإِنْ أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ».

وقوله: «عليه» أي: على المعراض والكلب، ولا تقع التسمية على السَّهْمِ والكلب إلاَّ عند الرمي والإِرسال، فكان وقت التسمية فيها وقت الرمي والإِرسال، والمعنى هكذا يقتضي وهو أن التسمية شرط، والشرائط يعتبر وجودها حال وجود الركن؛ لأن عند وجودها يصير الركن علة كما في سائر الأركان مع شرائطها هو المذهب الصحيح على ما عرف في أصول الفقه، والركن في الذكاة الاختيارية هو الذبح، وفي الاضطرارية هو الجرح، وذلك مضاف إلى الرامي والمرسل، وإِنما السهم والكلب آلةُ الجرح، والفعلُ يضاف إلى مستعمل الآلة [لا إلى الآلة][٢] لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمي والإرسال، ولا يعتبر وقت الإِصابة في الذكاة الاضطرارية؛ لأن الإِصابة ليست من صنع العبد، لا مباشرةً ولا تسبباً، بل [هو][٣] محض صنع الله (عزَّ وجلَّ) يعني به مصنوعه هو مذهب أهل السنة والجماعة؛ وهي المسألة المعروفة بالمتولدات، وهذا لأن فعل العبد لا بد وأن يكون مقدور العبد، ومقدور العبد ما يقوم بمحل قدرته وهو نفسه، وذلك هو الرمي السابق والإِرسال السابق، فتعتبر التسمية عندهما على أن الإِصابة قَدْ تكون وقد لا تكون، فلا يمكن إيقاع التسمية عليها.

وعلى هذا يخرج ما روى بشر عن أبي يوسف (رحمهما الله تعالى) أنه قال لو أن رجلاً اضجع شاة ليذبحها وسمى، ثم بدا له فأرسلها؛ وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية، لم يجزه ذلك، ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح، ولو رمى صيداً فسمى فأخطأ، وأصاب آخر فقتله، فلا بأس بأكله؛ وكذلك إذا أرسل كلباً على صيد فأخطأ، فأخذ غير الذي أرسله عليه، فقتله [حل][٤]؛ لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمي والإِرسال.

وذكر في الأصل: أرأيتَ الذابحَ يذبح الشاتين والثلاثة فيسمي على الأولى ويدع التسمية / على غير ذلك عمداً؟ قال: يأكل الشاة التي سمى عليها ولا يأكل ما سوى ذلك لما بينا. ١/٢٨٣ أ

ولو اضجع شاة ليذبحها وسمى عليها، ثم ألقى السكين وأخذ سكيناً آخر، فذبح به، يؤكل؛ لأن التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح لا على الآلة، والمذبوح واحد، فلا

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ط.

يعتبر اختلاف الآلة؛ بخلاف ما إذا سمى على سهم ثم رمى بغيره أنه لا يؤكل، لأن التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم لا على المرمي إليه.

وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر، ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها، فكلمه إنسان فأجابه، أو استسقى ماء فشرب، أو أخذ السكين[1]، فإن كان قليلاً ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية تؤكل، وإن تحدث وأطال الحديث أو أخذ في عمل آخر، أو حد شفرته، أو كانت الشاة قائمةً فصرعها ثم ذبح ـ لا تؤكل، لأَن زمان ما بين التسمية والذبح إذا كان يسيراً لا يعتد به؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، فليحق بالعدم ويجعل كأنه سمى مع الذبح، وإذا كان طويلاً يَقَعُ فاصلاً بين التسمية والذبح، فيصير كأنه سمى في يوم وذبح في يوم آخر، فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به؛ ولو سمى ثم انقلبت الشاة وقامت من مضجعها، ثم أعادها إلى مضجعها، فقد انقطعت التسمية.

وعلى هذا يخرج ما إذا رمى صيداً ولم يسم متعمداً، ثم سمى بعد ذلك أو أرسل كلباً وترك التسمية متعمداً، فلما مضى الكلب في تبع الصيد سمى ـ أنه لا يؤكل؛ لأن التسمية لم توجد وقت الرمي والإرسال، وكذا لو مضى الكلب إلى الصيد فزجره وسمى، وانزجر بزجره، أنه لا يؤكل أيضاً، وفرق بين هذا وبين ما إذا تبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يُرْسِلَهُ أحدٌ ثم زجره مسلم، أنه إن انزجر بزجره، فأخذ الصيد فقتله، يؤكل، وإن لم ينزجر لا يؤكل.

ووجه الفرق نذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى، ولو رَمَى، أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد، أو كان حلالاً فأحرم قبل الإصابة، وأخذ الصيد، يحل، ولو كان مرتداً ثم أسلم وسمى لا يحل، لأَن المعتبر وقت الرمي والإرسال كما بينا فتراعي الأَهلية عند ذلك.

وعلى هذا الأصل يَنْبَنِي شرط تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية، وهو بيان القسم الثاني من الشرائط التي تخص أحد النوعين دون الآخر، وهي أنواع يرجع بعضها إلى المذكي، وبعضها يرجع إلى محل الذكاة، وبعضها يرجع إلى آلة الذكاة.

أما الذي يرجع إلى المذكي فهو أن يكون حلالاً، وهذا في الذكاة الاضطرارية دون الاختيارية، حتى أن المحرم، إذا قتل صيد البر وسمى لا يؤكل، لأنه ممنوع من قتل الصيد لحق الإحرام؛ لقوله (تبارك وتعالى): ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] أي: وأنتم محرمون، وقوله (جلَّ شأنه) ﴿أُحِلَّت لَكُمْ بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ معناه ـ والله سبحانه وتعالى أعلم ـ أحلتَ لكم بهيمة الأنعام والصيد إلا ما يتلى عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير، إلى آخره ﴿غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدَ

(١) في ط: السكن.

وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] لأنه استثنى (سبحانه وتعالى) الصيد بقوله (تبارك وتعالى): ﴿غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ﴾ [المائدة: ٩٥] وإنما يستثنى الشيء[1] من الجملة المذكورة، فجعل مذكوراً بطريق الإضمار، والاستثناء من الإباحة تحريمٌ، فكان اصطياد المحرم محرماً، فكان صيده ميتة كصيد المجوسي، سواء اصطاد بنفسه أو اصطيد له بأمره؛ لأن ما صيد له بأمره فهو صيدُه معنى، وتحلُّ ذبيحة المستأنس؛ لأن التحريم خص بالصيد فبقي غيره على عموم الإباحة، ويحل له صيد البحر؛ لقوله (تبارك وتعالى): ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ [المائدة: ٩٦] وقد مر ذلك.

وأما الذي يرجع إلى محل الذكاة فمنها تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية، ولا يشترط ذلك في الذكاة الاضطرارية، وهي الرمي والإرسال إلى الصيد؛ لأن الشرط في الذكاة الاختيارية ذكر اسم الله (تبارك وتعالى) على الذبيح؛ لما تلونا من الآيات، ولا يتحقق ذلك إلا بتعيين الذبيح بالتسمية؛ ولأن ذكر الله (تبارك وتعالى) لما كان واجباً فلا بد وأن يكون مقدوراً، والتعيين في الصيد ليس بمقدور؛ لأن الصائد قد يرمي ويرسل على قطيع من الصيد، وقد يرمي ويرسل على حسن الصيد، فلا يكون التعيين واجباً والمستأنس مقدور فيكون واجباً؛ وعلى هذا يخرج ما إذا ذبح شاة وسمى، ثم ذبح شاة أخرى يَظُنُّ أن التسمية الأُولى تجزي عنهما ـ لم تؤكل، ولا بد من أن يجدد لكلِّ ذبيحة تسميةً على حدة، ولو رمى سهماً فقتل به من الصيد اثنين، لا بأس بذلك.

وكذلك لو أرسل كلباً أو بازيًا وسمى فقتل من الصيد اثنين، فلا بأس بذلك؛ لأن التسمية تجب عند الفعل وهو الذبح، فإذا تجدد الفعل تجدد التسمية، فأما الرمي والإرسال فهو فعل واحد، وإن كان يتعدى إلى مفعولين فتجزي في تسمية واحدة، ووزان الصيد من المستأنس[2] ما لو أضجع شاتين وأمر السكين عليهما معاً أنه تجزىء/ في ذلك تسمية واحدة كما في الصيد. ١/ ٢٨٣ ب

فإن قيل: هَلاَّ جعل ظنه أن التسمية على الشاة الأولى تجزىء عن الثانية عذراً كنسيان التسمية!

فالجواب: أن هذا ليس من باب النسيان، بل من [باب][3] الجهل بحكم الشرع، والجهلُ بحكم الشرع ليس بعذرٍ، والنسيان عذرٌ.

ألا ترى أن من ظن أن الأكل لا يفطر الصائم فأكل، بطل صومه، ولو أكل ناسياً لا

---

(١) في أ: الصيد.
(٢) في أ: المستأمن.
(٣) سقط من ط.

يبطل، فإن نظر إلى جماعة من الصيد فرمى بسهم وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحداً بعينه، فأصاب منها صيداً فقتله، لا بأس بأكله؛ وكذلك الكّلب والبازي.

وَلَو أَنَّ رَجُلاً نظر إلى غنمه، فقال: بسم الله، ثم أخذ واحدة فأضجعها وذبحها، وترك التسمية عامداً وظن أن تلك التسمية تجزيه، لا تؤكل؛ لأنه لم يسم عند الذبح، والشرط هو التسمية على الذبيحة، وذلك بالتسمية عند الذبح نفسه لا عند النظر، وتعيين الذبيحة مقدورٌ، فيمكن أن يجعل شرطاً، وتعيينُ الصيد بالرمي والإرسال متعذرٌ لما بينا، فلم يمكن أن يجعل شرطاً.

ولو رمى صيداً بعينه أو أَرْسَلَ الكلب أو البازي على صيد بعينه فأخطأ. فأصاب غيره، يؤكل؛ وكذا لو رمى ظبياً فأصاب طيراً، أو أرسل على ظبي فأخذ طيراً؛ لأن التعيين في الصيد ليس بشرط.

ومنها: قيام أصل الحياة في المستأنس[1] وقت الذبح، قلّت أو كثرت، في قول أبي حنيفة (رحمه الله): وعند أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله) لا يكتفي بقيام أصلِ الحياة، بل تعتبر حياة مقدرة[2] كالشاة المريضة والوقيذة والنطيحة وجريحة السبع، إذا لم يبق فيها إلاً حياة قليلة، عرف ذلك بالصياح أو بتحريك الذنب أو طرف العين أو التنفس.

وأما خروج الدم فلا يدلُّ على الحياة إلاً إِذَا كَانَ يخرج كما يخرج من الحي المطلق، فإذا ذَبَحَها وفيها قليل حياة على الوجه الذي ذكرنا، تؤكل عند أبي حنيفة (رضي الله عنه)، وعن أبي يوسف روايتان: في ظاهرِ الروايةِ عنه أنه إن كان يعلم أنها لا تعيش مع ذلك فذبحها، لا تؤكل، وإن كان يعلم أنها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل، وفي روايةٍ قال: إن كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها، تؤكل، وإلا فلا.

وقال محمد (رحمه الله): إن كان لم يبق من حياتها إلا قدر حياة المذبوح بعد الذبح أو أقل فذبحها، لا تؤكل، وإن كان أكثر من ذلك تؤكل، وذكر الطحاوي قول محمد مفسراً، فقال: إن على قول محمد إن لم يبق معها إلاً الاضطراب للموت فذبحها [هكذا][3]، فإنها لا تحل، وَإن كانت تعيش مدة كاليوم أو كنصفه، حلت.

وجه قولهما أنه إذا لَمْ يَكُنْ لها حياة مستقرة على الوجه الذي ذكرنا، كانت ميتة معنى، فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة.

---

(١) في ط: المستأمن.

(٢) في ط: مقدورة.

(٣) سقط من ط.

ولأبي حنيفة (رضي الله عنه) قوله (تعالى): ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة:٣] إلى قوله (تعالى): ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ الْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة:٣] استثنى (سبحانه وتعالى) المذكى من الجملة المحرمة، والاستثناء من التحريم إباحة، وهذه مذكاة لوجود فري الأوداج مع قيام الحياة، فدخلت تحت النص.

وأما الصيد إذا جرحه السهم أو الكلب فأدركه صاحبه حيًّا، فإن ذكاه يؤكل بلا خلافٍ بين أصحابنا، كيف ما كان، سواء كانت فيه حياة مستقرة أو لم تكن، وخرج الجرح من أن يكون ذكاة في حقه، وصار ذكاته الذبح في الحياة المستقرة ذكاة مطلقة، فيدخل تحت النص، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعلى أصل أبي حنيفة (رحمه الله) ذكاته الذبح، وقد وجد لوجود أصل الحياة، فصار مذكى[(١)].

وعلى أصلهما لا حاجة إلى الذبح؛ لأنه صار مذكى بالجرح، فالذبح بعد ذلك لا يضر إن كان لا ينفع، وإن لم يذكه وهو قادرٌ على ذبحه فتركه حتى مات؛ فإن كانت فيه حياة مستقرة لا يؤكل؛ لأن ذكاته تحولت من الجرح إلى الذبح، فإذا لم يذبح كان ميتة، وإن كانت حياته غير مستقرة يُؤكل عند أبي حنيفة (رضي الله عنه)؛ وإن قلت من غير ذكاة بخلاف المستأنس عنده.

والفرق له أن الرمي والإرسال إذا اتصل به الجرح كان ذكاة في الصيد، فلا تعتبر هذه الحياة بعد وجود الذكاة، ولم تتقوم ذكاة في المستأمن، فلا بد من اعتبار هذا القدر من الحياة لتحقق الذكاة.

وأما عندهما فكذلك لكن على اختلافِ تفسيرهما للحياة المستقرة [وغير المستقرة][(٢)] على ما ذكرنا في المستأنس[(٣)]؛ هكذا ذكر عامة المشايخ (رحمهم الله)، وذكر الجصاص (رحمه الله) وقال: يجب أن يكون قول أبي حنيفة (رحمه الله) في الصيد مثل قوله في المستأنس؛ على أن قوله يجب الذبح في جميع الأَحوال لا يحل بدونه، سواء كانت الحياة مستقرة أو غير مستقرة، وقد ذكرنا وجه الفرق له على قول عامة المشايخ (رحمهم الله).

وإن مات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت، أو لعدم آلة الذكاة، ذكر القدوري (عليه الرحمة) / أنه لا يؤكل عندنا، وعند محمد بن شجاع البلخي ومحمد بن مقاتل الرازي (رحمهما الله) يُؤكل استحساناً، أشار إلى أَن القول بالحرمة قياس، ومن مشايخنا (رحمهم الله) مَنْ جَعَلَ جواب الاستحسان مذهبنا أيضاً، وتركوا القياس.

١/ ٢٨٤ أ

(١) في أ: مدركاً.
(٢) سقط من ا.

وجه القياس: أنه لما ثبتت يده عليه فقد خرج من أن يكون صيد الزوال معنى الصيد، وهو التوحش والامتناع، فيزول الحكم المختص بالصيد وهو اعتبار الجرح ذكاة، وصار كالشاةِ إذا مرضت وماتت في وقت لا يتسع لذبحها؛ أنها لا تؤكل؛ كذا هذا.

وجه الاستحسان أن الذبح هو الأصل في الذكاة، وإنما يقام الجرح مقامه خلفاً عنه، وقد وجد شرط بخلافه، وهو العجز عن الأصل، فيقام الخلف مقامه كما في سائر الاخلاف مع أصولها.

وقال أصحابنا (رحمهم الله): لو جرحه السهم أو الكلب، فأدركه لكن لم يأخذه حتى مات، فإن كان في وقت لو أخذه يمكنه ذبحه، فلم يأخذه حتى مات، لم يؤكل؛ لأَن الذَّبْحَ صَارَ مقدوراً عليه فخرج الجرح من أن يكون ذكاة، وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل؛ لأنه إذا لم يأخذه ولا يتمكن من ذبحه لو أخذه بقي ذكاته الجرح السابق، ودنت هذه المسألة على أن جواب الاستحسان في المسألة المتقدمة مذهبُ أصحابنا جميعاً؛ لأنه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك أخذ وههنا لم يأخذ، وما يصنع بالأخذ إذا لم يقدر على ذكاته.

وجواب القياس عن هذا: أن حقيقة القدرة والتمكن لا عبرة بها؛ لأَن الناس مختلفون في ذلك، فإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ يتمكن من الذبح في زمان قليل لهدايته في ذلك، ومنهم مَنْ لاَ يَتَمَكَّن إلا في زمان طويل لقله هدايته فيه، فلا يمكن بناء الحكم على حقيقة القدرة والتمكن، فيقام السبب الظاهر، وهو ثبوت اليد مقامها كما في السفر مع المشقة؛ وغير ذلك.

وذكر ابن سماعة في نوادره (رحمه الله) عَنْ أبي يوسف: لو أَنَّ رجلاً قطع شاة نصفين، ثم إن رجلاً فرى أوداجها والرأس يتحرك، أو شق بطنها فأخرج ما في جوفها، وفرى رجلٌ آخر الأوداج، فإن هذا لا يؤكل؛ لأن الأول قاتل.

وذكر القدوري (رحمه الله) أن هذا على وجهين إن كانت الضربة مما يلي العجز لم تؤكل الشاة، وإن كانت مما يلي الرأس أكلت؛ لأن العروق المشروطة في الذبح متصلة من القلب إلى الدماغ، فإن كانت الضربة مما يلي الرأس فقد قطعها فحلت، وإن كانت مما يلي العجز فلم يقطعها فلم تحل.

وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل إلا بالذبح، فهل هو من شرائط الحل فلا رواية فيه، واختلف المشايخ على ما ذكرنا فيما تقدم؛ وكذا التحرك بعد الذبح هل هو شرط ثبوت الحل، فلا رواية فيه أيضاً عن أصحابنا.

وذكر في بعض الفتاوى أَنَّه لاَ بُدَّ مِنْ أَحَدِ شيئين، إما التحرك وإما خروج الدم، فإن لَمْ يُوجد لا يحل؛ كأنه جَعَلَ وجود أحدهما بعد الذبح علامة الحياة وقت الذبح، فإذا لَمْ يُوجد لم

تعلم حياته، وقت الذبح، فلا يحل، وقال بعضُهم: إِن علم حياته وقت الذبح بغير التحرك يحل، وإِن لم يتحرك بعد الذبح ولا خرج منه الدم، والله أعلم.

ومنها: ما يخص الذكاة الاضطرارية، وهو أن لا يكون صيد الحرم، فإن كان لا يؤكل ويكون ميتة، سواء كان المذكي محرماً أو حلالاً، لأن التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والإشارة محرم حقًّا لله (تعالى)، قال الله (تعالى) ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَماً آمِناً وَيُتَخَطَّفُ النَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾ [العنكبوت:٦٧] .

وقال النبي (عليه الصلاة والسلام) في صفة الحرم: «وَلاَ يَنْفَرُ صَيْدُهُ»[١]. والفعل في المحرم شرعاً لا يكون ذكاة، وسواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل إِليه؛ لأنه يضاف إِلى الحرم في الحالين، فيكون صيد الحرم.

وأما الذي يرجع إلى آلة الذكاة، فمنها: أَنْ يَكُونَ مَا يُصطاد به من الجوارح من الحيوانات من ذي الناب من السباع وذي المخلب من الطير معلماً، لقوله (تعالى): ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ﴾ [المائدة:٤] معطوفاً على قوله (سبحانه وتعالى): ﴿يَسْئَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة:٤] أي: أحل لكم الطيبات، وأحل لكم ما علمتم من الجوارح، أي: الاصطياد بما علمتم من الجوارح؛ كأنهم سألوا النبي (عليه الصلاة والسلام) عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضاً مع ما ذكر في بعض القصة أن النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) لما أمر بقتل الكلام أتاه ناسٌ، فقالوا: ماذا يحل لنا من هذه الأمة التي أَمَرْتَ بقتلها؟ فنزل قولُه (تعالى): ﴿يَسْئَلُونَكَ﴾ [المائدة:٤] الآية ففي الآية الكريمة اعتبار الشرطين، وهما الجرح والتعليم؛ حيث قال (عزَّ شأنه) ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ﴾ [المائدة:٤] لأن الجوارح هي التي تجرح مأخوذ من الجرح.

وقيل الجوارح الكواسب، قال الله (عزَّ شأنه): ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُمْ بِالنَّهَارِ﴾ [الأنعام:٦٠] أي: كسبتم، والحمل على الأول أولى؛ لأنه حمل على المعنيين؛ لأنها بالجراحة تكسب، وقوله (تعالى): ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ قُرِىء بالخفض والنصب[٢]، وقيل بالخفض صاحب الكلب، يقال:

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الحج.

(٢) ومكلبين حال من فاعل «علمتم» ومعنى «مكلِّبين» مؤدبين ومُضَرين ومُعَوِّدين.
قال أبو حيان: «وفائدة هذه الحال ـ وإن كانت مؤكدة لقوله: «عَلَّمتم»، فكان يَسْتغني عنها ـ أن يكون المعلم ماهراً بالتعليم حاذقاً فيه موصوفاً به». انتهى، وفي جعله هذه الحال مؤكدة نظر، بل هي مؤسسة. واشتقت هذه الحال من لفظ «الكَلْب» هذا الحيوان المعروف وإن كانت الجوارحُ يندرج فيها غيرهُ حتى سباعُ الطيور تغليباً له، لأن الصيد أكثر ما يكون به عند العرب. أو اشتقت من «الكلب» وهو الضراوة، يقال: هو كلب بكذا أي: حريص، وبه كلب أي: حرص، وكأنه أيضاً مشتق من الكلب هذا الحيوان =

كلاب ومكلب، وبالنصب: الكلب المعلم، وقيل المكلبين بالخفض: الكلاب التي تكالب[1] الصيد / ، أي: تأخذه[2] عن شدة، فالكلب هو الأخذ عن شدة، ومنه الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد. ١/ ٢٨٤ ب

وقوله (جلَّت عظمته): ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ أي: تعلمونهن ليمسكن الصيد لكم، ولا يأكلن منه، وهذا حد التعليم في الكلب عندنا على ما نذكره، إن شاء الله تعالى، فدلت الآية الكريمة على أن كون الكلب معلماً شرطٌ لإباحة أكل صيده، فلا يباح أكل صيد غير المعلم.

وإذا ثبت هذا الشرط في الكلب بالنص، ثبت في كل ما هو في معناه من كل ذي ناب من السباع؛ كالفهد وغيره مما يحتمل التعلم بدلالة النص؛ لأن فعل الكلب إنما يضاف إلى المرسل بالتعليم؛ إذ المعلم هو الذي يعمل لصاحبه، فيأخذ لصاحبه ويمسك على صاحبه، فكان فعله مضافاً إلى صاحبه، فأما غير المعلم فإنَّما يعمل لنفسه لا لصاحبه، فكان فعله مضافاً إليه لا إلى المرسل؛ لذلك شرط كونه مُعَلَّماً، ثم لا بد من معرفة حد التعليم في الجوارح من ذي الناب كالكلب ونحوه، وذي المخلب كالبازي ونحوه.

أما تعليم الكلب: فهو أنه إذا أرسل اتبع الصيد، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه، ولا يأكل منه شيئاً، وهذا قول عامة العلماء[3].

= لحرصه، أو اشتقت من الكلب، والكلب يطلق على السبع أيضاً، ومنه الحديث: «اللهم سَلِّط عليه كَلْباً من كلابك» فأكله الأسد.

قال أبو حيان: وهذا الاشتقاقُ لا يصح لأن كون الأسد كلباً هو وصف فيه، والتكليبُ من صفة المعلِّم، والجوارح هي سباعٌ بنفسها وكلاب بنفسِها لا بجعل المُعَلِّم» ولا طائل تحت هذا الرد. وقرىء «مُكْلِبِين» بتخفيف اللام، وفعل وأفعل قد يشتركان في معنى واحد، إلا أن «كَلَّب» بالتشديد معناه عَلَّمها وضراها، و«أكْلب» معناه صار ذا كلاب، على أن الزجاج قال: رجل مُكَلِّب ـ يعني بالتشديد ـ ومُكْلِب يعني من أكلب، وكُلاَّب يعني بتضعيف اللام أي: «صاحب كلاب». وجاءت جملةُ الجوابِ هنا فعليةً وجملةُ السؤال اسمية وهي: ماذا أُحِل؟ فهي جوابٌ لها من حيث المعنى لا من حيث اللفظُ؛ إذ لم يتطابقا في الجنس. ينظر: الدر المصون (٢/ ٤٨٩).

(١) في ط: يكالبن.

(٢) في ط: يأخذنه.

(٣) لا خلاف في اعتبار أن يكون الجارح معلماً وذهب الشافعية إلى أنه يعتبر في تعليم الجارح من السباع، أربعة أمور:

أحدها: أن ينزجر بزجر صاحبه.

والثاني: أن يهيج إذا أغري.

والثالث: أن يمسك الصيد فيحبسه على صاحب ولا يخليه.

والرابع: ألا يأكل منه.

وقال مالكٌ (رحمه الله): تعليمه أن يتبع الصيد إذا أرسل ويجيب إذ دعي، وهو أحد قول الشافعي (رحمه الله)، حتى لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل عندنا، وعنده يؤكل[1].

= وفي المذهب قول أنه لا يضر الأكل، وليس بشيء.
أما جوارح الطير، فيشترط فيها هذه الشروط، إلا انزجارها بزجر صاحبها على الصحيح لإطباق أهل الصيد على استحالة ذلك منه، وسيأتي خلاف الفقهاء في «اشتراط عدم الأكل فيهما». إن شاء الله وهذه الأمور المشترطة في التعلم يشترط تكررها، ليغلب على الظن تأدب الجارحة ومصيرها معلمة.
ولم يقدر أصحاب الشافعي ذلك بعدد.

(١) اختلف الفقهاء فيما إذا أكل الكلب ونحوه من الصيد: فذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم ذلك الصيد. وحكى عن ربيعة، ومالك. القول بحله.
واستدل الإمام مالك ـ رحمه الله ـ بما روي عن أبي ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال: «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُل وَإِنْ أَكَلَ» ذكره الإمام أحمد ورواه أبو داود، واحتج الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول.
أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾.
وقد تبين حين أكله منه أنه أمسك على نفسه لا على صاحبه أو شككنا في ذلك، فلا نعلم أنه أمسك علينا.
أما السنة: فما روي عن عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال: «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمُ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ مِمَّا أَمْسَكْن عَلَيْكَ، وَإِنْ قَتَلْنَ، إِلاَّ أَنْ يَأْكُلَ الْكَلْبُ مِنْهَا فَلاَ تَأْكُلْ فَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ».
وهذا الحديث أولى بالتقديم من حديث أبي ثعلبة؛ لأنه متفق عليه؛ ولأنه متضمن للزيادة، وهو ذكر الحكم معللاً بتعليل مناسب للتحريم وهو خوف الإمساك على نفسه، متأيدة بأن الأصل في الميتة التحريم، فإذا شككنا في السبب المبيح رجعنا إلى الأصل، ومتأيدة أيضاً بظاهر القرآن الكريم ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾. ولو كان مجرد الإمساك كافياً لما احتيج إلى زيادة ﴿عَلَيْكُمْ﴾.
أما المعقول: فلأن العادة في المعلَّم ترك الأكل، فاعتبر شرطاً كالانزجار، إذا زجر.
هذا في جوارح السباع.
أما جوارح الطير: إذا أكلت مما صادته، فالأصح عند الأصحاب والراجح من قولي الشافعي: تحريمه.
ولم يوافقنا عليه أحد فيما نعلم. وجمهور الفقهاء على القول بإباحته.
وبهذا قال ابن عباس، وإليه ذهب النخعي، وحماد، والثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه، ومالك، وأحمد، والمزني، وغيرهم.
واستدل الشافعية: بما روي عن عدي بن حاتم عن النبي ﷺ أنه قال: «فَإِنْ أَكَلَ الْكَلْبُ وَالْبَازِي فَلاَ تَأْكُلْ»
واستدلوا أيضاً: بالقياس على سباع البهائم، حيث لا فارق بينهما.
واحتج الجمهور بإجماع الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ على ذلك روى الخلال بإسناده قال: «إذا أكل الكلب فلا تأكل من الصيد وإذا أكل الصقر، فكل، لأنك تستطيع أن تضرب الكلب، ولا تستطيع أن تضرب الصقر».
وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة إباحة ما أكل منه الكلب، وخالفهم ابن عباس فيه، ووافقهم في الصقر، ولم ينقل عن أحد في عصرهم خلاف لهم. ولأن جوارح الطير تعلم بالأكل، ويتعذر تعليمها بترك =

وجه قوله أن كونه معلّماً إنما شرط للاصطياد فيعتبر حالة الاصطياد، وهي حالة الاتباع، فأما الإمساك على صاحبه وترك الأكل يكون بعد الفراغ عن الاصطياد، فلا يعتبر في الحد.

ولنا [إشارة][(١)] الكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتابُ: فقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] في الآية الكريم إشارةٌ إلى أن حد تعليم الكلب، وما هو في معناه ما قلنا وهو الإمساك على صاحبه وترك الأكل منه، لأنه شرط التعليم، ثم أباح أكل ما أمسك علينا، فكان هذا إشارة إلى أن التعليم هو أن يمسك علينا الصيد ولا يأكل منه.

يقرره أن الله (تعالى) إنما أباح أكل صيد المعلم من الجوارح الممسك على صاحبه، ولو لم يكن ترك الأكل من حد التعليم، وكان ما أكل منه حلالاً، لاستوى فيه المعلم وغير المعلم والممسك على صاحبه وعلى نفسه، لأن كل كلب يطلب الصيد ويمسكه لنفسه حتى يموت إن أرسلت عليه وأغريته إلا المعلم.

وأما السنة فما روي عن عدي بن حاتم الطائي أنه قال: قلتُ: يا رسولَ الله، إنا قومٌ نتصيد بهذه الكلاب والبزاة، فما يحل لنا منها؟ فقال (عليه الصلاة والسلام): «يَحِلُّ لَكُمْ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مما عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾، مما علمتموهن: من كَلب أو باز وذكرتم اسم الله عليه[(٢)]، قلت فإن قتل؛ قال (عليه الصلاة والسلام): «إِذَا قَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ فَكُلْ، فَإِنَّمَا أَمْسَكَ[(٣)] عَلَيْكَ وَإِنْ أَكَلَ فَلاَ تَأْكُلْ، فَإِنَّمَا أَمْسَكَ

= الأكل، فلم يقرح في تعليمها بخلاف الكلب والفهد. أما الخبر الذي استدل به الشافعية، فلا يصح: يرويه مجالد وهو ضعيف، والروايات الصحيحة تخالفه.

ولا يصح قياسهم الطير على: سباع البهائم، لما بينهما من الفرق، فإن جثة الكلب تحتمل الضرب، فيمكن أن يضرب، ليدع الأكل وجثة البازي لا تحتمل الضرب، والتكليف بحسب الوسع. ومن هنا يعلم رجحان مذهب الجمهور. ينظر: الصيد والذبائح لشيخنا عبد الله حمزة.

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه الترمذي (٤/ ٦٦) كتاب الصيد، باب ما جاء في صيد البزاة حديث (١٤٦٧) وأحمد (٤/ ٢٥٧) وأبو داود (٣/ ٢٧١) كتاب الصيد، باب في الصيد، حديث (٢٨٥١) والبيهقي (٩/ ٢٣٨) كتاب الصيد والذبائح، باب البزاة المعلمة إذا أكلت. من طريق مجالد عن الشعبي عن عدي بن حاتم قلت: يا رسول الله، إنا قوم نتصيد بهذه الكلاب والبزاة فما يحل لنا منها؟ قال: «يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهنَّ مما علمكم الله، فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه. فما علمت من كلب أو باز ثم أرسلت وذكرت اسم الله عليه فكل مما أمسك عليك». قلت: وإن قتل. قال: «وإن قتل، ولم يأكل منه شيئاً فإنما أمسك عليك».

(٣) في أ: فقد.

عَلَىٰ نَفْسِهِ». فقلت: يا رسولُ الله، أَرَأَيْتَ إِنْ خَالط[١] كلابنا كلابٌ أخرى؟ قال (عليه الصلاة والسلام): «إِنْ خَالَطَتْ كِلاَبَكَ كِلاَبٌ أُخْرَىٰ فَلاَ تَأْكُلْ، فَإِنَّكَ إِنَّمَا ذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ (تَعَالَى) عَلَىٰ كَلْبِكَ وَلَمْ تَذْكُرْهُ عَلَىٰ كَلْبِ غَيْرِكَ»[٢].

وعن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال: إذا أكل الكلب من الصيد فليس بمعلّم، وعنه أيضاً أنه قال: إِذَا أَكَلَ الكلب فلا تأكل، وإذا أكل الصقر فَكُلْ لأن الكلب يستطيع أن تضربه، والصقر لا، وعن ابن سيدنا عمر (رضي الله عنهما) أنه قال: إذا أكل الكلب من الصيد فلا تأكلْ واضْرِبْهُ.

وأما المعقول فمن وجهين:

أحدهما: أن أخذ الصيد وقتله مضافٌ إلى المرسل، وَإِنَّما الكلب آلة الأخذ والقتل، وإنما يكون مضافاً إليه إذا أمسك لصاحبه لا لنفسه، لأنَّ العامل لنفسه يكون عمله مضافاً إليه لا إلى غيره، والإمساك على صاحبه أن يترك الأكل منه، وَهُوَ حَدُّ التعليم.

والثاني: أن تعليم الكلب ونحوه هو تبديل طبعه وفطامه عن العادة المألوفة، ولا يتحقق ذلك إلاّ بإمساك الصيد لصاحبه وترك الأكل منه؛ لأن الكلب ونحوه من السباع من طباعهم أنهم إذا أخذوا الصيد، فإنما يأخذونه لأنفسهم ولا يصبرون على أن لا يتناولوا منه، فإذا أخذ واحد منهم الصيد ولم يتناول منه، دَلَّ أنه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه، ولم يأكل منه، فإذا أكل منه دل أنه على عادته، سواء اتبع الصيد إذا أغرى واستجاب إذا دعى أو لا؛ لأنه ألوف في الأصل يجيب إذا دعى ويتبع إذا أغرى، فلا يصلح ذلك دليلاً على تعلمه، فثبت أن معنى التعليم لا يتحقق إلاّ بما قلنا، وهو أن يمسك الصيد على صاحبه ولا يأكل منه، ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) لا توقيت في تعليمه أنه إذا أخذ صيداً ولم يأكل منه هل يصير معلماً أم يحتاج فيه إلى التكرار؟ وكان يقولُ إذا كان معلّماً فَكُلْ؛ كذا ذكر في الأصل، وهكذا روى بشر بن الوليد (رحمه الله) عن أبي يوسف قال: سألتُ أبا حنيفة (رحمه الله) ما حَدُّ تعليم الكلب؟ قال: أنْ يقولَ أهل العلم / بذلك أنهُ مُعَلَّمٌ. ١/ ٢٨٥ أ

وذكر الحسن بن زياد في المجرد عن أبي حنيفة (رحمه الله) أنه قال: [لا تأكل أول ما يصيد ولا الثاني وكل][٣] الثالث وما بعده، وأبو يوسف ومحمد (رحمهما الله) قَدَّرَاهُ بالثلاث، فقالا إذا أخذ صيداً فلم يأكل [ثم صاد ثانياً][٤] فلم يأكل، ثم صاد ثالثاً فلم يأكل، فهذا معلَّمٌ،

---

(١) في أ: خالطت. (٢) ينظر الحديث السابق.

(٣) في ط: لا يأكل ما يصيد أولاً ولا الثاني ولو أكل الثالث.

(٤) في أ: وأخذ آخر.

فأبو حنيفة (رضي الله عنه) على الرواية المشهورة عنه إنما رجع في ذلك إلى أهل الصناعة ولم يقدر فيه تقديراً، لأن حال الكلب في الإمساك وترك الأكل يختلف فقد يمسك للتعليم وقد يمسك للشبع، ففوض ذلك إلى أهل العلم بذلك.

وعلى الرواية الأخرى جعل أصل التكرار دلالة التعلم، لأن الشبع لا يتفق في كل مرة، فَدَلَّ تكرار الترك على التعليم، وأبو يوسف ومحمد (رحمهما الله) قَدَّرَا التكرار بثلاث مرات؛ لما أنَّ الثلاث موضوعة لإبداء الإعذار، أصله قصة[1] سيدنا موسى (عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام) مع العبد الصالح حيث قال له في المرة الثالثة: ﴿إِنْ سَأَلْتُكَ عَنْ شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلاَ تُصَاحِبْنِي قَدْ بَلَغْتَ مِنْ لَدُنِّي عُذْراً﴾ [الكهف: ٧٦].

وروي عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أنه قال: مَنِ اتَّجَرَ في شيءٍ ثلاث مرات فلم يربح فلينتقل إلى غيره[2]، ثم إذا صار معلَّما في الظاهر على اختلاف الأقاويل وصاد به صاحبه، ثم أكل بعد ذلك، فما صاد قبل ذلك لا يؤكل شيءٌ منه إن كان باقياً، في قول أبي حنيفة (رحمه الله)، وعند أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله): يؤكل كله.

وجه قولهما: أن أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعلم، ويحتمل أن يكون مع التعلم لفرط الجوع، ويحتمل أن يكون للنسيان، لأن المعلَّم قد ينسى، فلا يحرم ما تقدم من الصيود بالشك والاحتمال.

ولأبي حنيفة (رحمه الله) أن علامة التعلم لما كانت ترك الأكل، فإذا أكل بعد ذلك علم أنه لم يكن معلماً، وأنَّ إمساكه لم يكن لصيرورته معلماً، بل لشبعه في الحال، إذ غير المعلم قد يمسكه بشبعه للحال إلى وقت الحاجة، فاستدللنا بأكله بعد ذلك على أن إمساكه في الوقت الذي قبله كَانَ على غير حقيقة التعليم، أو يحتمل ذلك فلا تحل مع الاحتمال احتياطاً.

ومن المشايخ من حمل جواب أبي حنيفة (رحمه الله) على ما إذا كان زمان الأكل قريباً من زمان التعليم؛ لأنه إذا كان كذلك، فالأكل يدل على عدم التعلم، وأنه إنما ترك الأكل فيما تقدم للشبع لا للتعليم؛ لأن المدة القصيرة لا تتحمل النسيان في مثلها، فإذا طالت المدة فيجوز أنْ يُقال أنه يؤكل ما بقي من الصيود المتقدمة، لأنه يحتمل أن يكون الأكل للنسيان لا لعدم التعلم؛ لوجود مدة لا يندر النسيان في مثلها إلاَّ أن ظاهر الرواية عنه مطلق عن هذا التفصيل، وإطلاق الرواية يقتضي أنه لا يؤكل على كل حالٍ، والوجه ما ذكرنا.

---

(١) في ط: قضية.

(٢) ذكره الهندي في «كنز العمال» (١٢٥/٤) رقم (٩٨٦٥) عن الحسن قال: قال عمر فذكره. وهو منقطع الحسن لم يدرك عمر. وعزاه الهندي إلى ابن أبي شيبة والدينوري في المجالسة.

وأما قولهم أن النسيان لا يندر عند طول المدة، فنقول مَنْ تَعَلَّمَ حرفة بتمامها وكمالها، فالظاهر أنه لا ينساها بالكلية، وإِن طالت مدة عدم الاستعمال، لكن ربما يدخلها خلل، كصنعة الكتابة والخياطة والرمي، إِذا تركها صاحبها مدة طويلة، فلما أكل وحرفته ترك الأَكل، دَلَّ أنه لم يكن تعلم الحرمة من الأصل، وأنه إِنما لم يأكل قبل ذلك لا للتعلم، بل لشبعه في الحال، فلا تحل صيوده المتقدمة.

وأما في المستقبل فَلاَ يحل صيده إِلاَّ بتعليم مستأنف بلا خلاف، فأما على قول أبي حنيفة (رضي الله عنه) فلأنه تبين بالأكل أنه لَمْ يَكُنْ مُعَلَّماً، وَإِن ترك الأكل لم يكن للتعلم، بل لشبعه للحال.

وأما على قولهما فلأنه يحتمل أن يكون لم يتعلم؛ كما قال أبو حنيفة (رحمه الله)، ويحتمل أنه نسيَ، وكَيْفَ ما كان لا يحل صيده في المستقبل إِلا بتعليم مبتدأ، وتعليمه في الثاني بما به تعليمه في الأول، وقد ذكرنا الاختلاف فيه.

ولو جرح الكلبُ الصيدَ وولغ في دمه يؤكل، لأَنه قد أمسك الصيد على صاحبِه [وإنما ولغ فيما لو أمسك على صاحبه][1] لكان لا يأكله صاحبه، وذلك من غاية تعلمه؛ حيث تناول الخبيث وأمسك الطيب على صاحبه.

وذكر في الأصل في رجل أرسل كلبه على صيد وهو معلمٌ، فأخذ صيداً فقتله وأكل منه، ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل منه؟ قال: لا يؤكل واحد منهما، لأَنه لما أكل دل على عدم التعلم، أو على النسيان، فلا يحل صيده بعد ذلك، فإِنْ أخذ الكلب المعلم صيداً فأخذه منه صاحبه، وأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فألقاها إِلى الكلب فأكلها الكلبُ، فهو على تعلمه، لأن ترك الأكل إِنَّما يعتبر حال أخذه الصيد، فأكله بِإِطعام صاحبه بعد الأخذ لا يقدح في التعلم، مع ما أن من عادة الصائد بالكلب أنه إذا أخذ الكلب الصيد أن يطعمه من لحمه، ترغيباً له على الصيد، فلا يكون أكله بِإِطعامه دليلاً على عدم التعلم.

وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب، ثم وثب الكلب على الصيد فأخذ منه قطعةً فأكلها، وهو في يد صاحبه، فإِنه على/ تعلمه؛ لأن الأكل بعد ثبوت يد الآدمي عليه بمنزلة الأَكل من غيره، فلا يقدح في التعليم. ١/ ٢٨٥ ب

وكذلك قالوا لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه إلى صاحبه؛ لأَنه إِنما يفعل ذلك للجوع؛ لأَن هذا الأَكل لم يدخل في التعليم، وإِن أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه،

---

(١) سقط من ط.

فنهشه فقطع منه قطعةً فأكلها، ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله، ولم يأكل منه شيئاً، لا يؤكل؛ لأن الأَكل منه في حال الاصطياد دليلٌ على عدم التعلم، فإِن نهشه فألقى منه بضعة والصيد حَيٌّ، ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئاً، يؤكل؛ لأنه لم يوجد منه ما يَدُلُّ عَلَى عدم التعليم؛ لأَنه إِنما قطع منه قطعة ليثخنه فيتوصل به إِلى أخذه، فكان بمنزلة الجرح، وَإِن أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب بعد ما قطعه[1]، ثم رجع الكلب بعد ذلك فمر بتلك القطعة فأكلها يؤكل صيده؛ لأَنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضر، فإِذا أكل مما بان منه أولى، وإِن اتبع الصيد فنهشه فأخذ منه بضعةً فأكلها وهو حَيٌّ، فأنفلت الصيد منه، ثم أخذ الكلب صيداً آخر في فوره فقتله، ولم يأكل منه، ذكر في الأَصل، وقال: أكره أكله، لأَن الأَكل في حالة الاصطياد يدل على عدم التعليم، فلا يؤكل ما اصطاده بعده، والله تعالى (عزَّ شأنه) أعلم.

وأما تعليم ذي المخلب كالبازي أو نحو فهو أن يجيب صاحبه إذا دعاه ولا يشترط فيه الإِمساك على صاحبه حتى لو أخذ الصيد فأكل منه؛ فلا بأس بأكل صيده بخلافِ الكلب ونحوه.

والفرق من وجوه:

أحدها: أن التعلم بترك العادة والطبع، والبازي من عادته التوحش من الناس والتنفر منهم بطبعه، فألفه بالناس وإِجابته صاحبه إذا دعاه يكفي دليلاً على تعلمه بخلاف الكلب، فإِنه ألوف بطبعه يألف بالناس ولا يتوحش منهم، فلا يكفي هذا القدر دليل التعلم في حقه، فلا بد من زيادة أمر وهو ترك الأَكل.

والثاني: أن البازي إِنما يعلم بالأكل، فلا يحتمل أن يخرج بالأَكل عن حد التعليم بخلاف الكلب.

والثالث: أن الكلب يمكن تعليمه بترك الأَكل بالضرب؛ لأَن جثته تتحمل الضرب، والبازي لا؛ لأَن جثته لا تتحمل.

وقد روي عن سيدنا علي وابن عباس وسلمان الفارسي (رضي الله عنهم) أنهم قالوا: إِذا أكل الصقر فَكُلْ، وإِن أكل الكلب فلا تأكل؛ ومنها الإِرسال أو الزجر عند عدمه على وجه ينزجر بالزجر فيما يحتمل ذلك، وهو الكلب وما في معناه، حتى لو ترسل[2] بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما ينزجر بالزجر، لا يحل صيده الذي قتله؛ لأن الإِرسال في صيد الجوارح أصلٌ

(١) في أ: قتله. (٢) في أ: لم يرسله.

ليكون القتل والجرح مضافاً إلى المرسل، إلاَّ أَنَّ عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه، فإذا لم يوجد فلا تثبت الإضافة، فلا يحل.

ولو أرسل مسلم كلبه وسمى، فزجره مجوسيٌّ فانزجر، يؤكل صيده، ولو أرسل مجوسيٌّ كلبه، فزجره مسلمٌ فانزجر، لا يؤكل صيده، وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمداً، فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر، لا يؤكل صيده؛ ولو لم يرسله أحدٌ، وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلمٌ وسمى، فانزجر، يؤكل صيدُه؛ وإن لم ينزجر لا يؤكل، وإنما كان كذلك؛ لأَن الإرسال هو الأصل، والزجر كالخلف عنه والخلف يعتبر حال عدم الأصل لا حال وجوده، ففي المسائل الثلاث وجد الأصل فلا يعتبر الخلف، إلا أن في المسألة الأولى المرسل من أهل الإرسال فيؤكل صيده، وفي المسألة الثانية لا فلا يؤكل، وفي المسألة الرابعة لم يوجد الأَصل فيعتبر الخلف، فيؤكل صيده إن انزجر، وإن لم ينزجر لا يؤكل؛ لأَن الزجر بدون الانزجار لا يصلح خلفاً عن الإرسال، فكان ملحقاً بالعدم، فيصير كأنه يرسل بنفسه من غير إرسال ولا زجر.

ولو أَرْسَلَهُ مسلم وسمى، وزجره رجل ولم يسم على زجره، فأخذ الصيد وقتله، يؤكل، لما ذكرنا أن العبرة للإرسال، فيعتبر وجود التسمية عنده.

والأصل الآخر[١] لتخريج هذه المسائل ما ذكره بعض مشايخنا أَنَّ الدلالة لا تعتبر إذا وجد الصريح [بخلافه][٢] وإذا لم يوجد تعتبر ففي المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالإرسال؛ حيث عدا بإرساله وانزجاره طاعة للزاجر بطريق الدلالة، فلا يعتبر في مقابلة الصريح، وفي المسألة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة.

وعلى هذا يخرج بقية المسائلة؛ ومنها بقاء الإرسال، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أخذ الكلب أو البازي الصيد في حال فور / الإرسال، لا في حال انقطاعه، حتى لو أرسل الكلب أو البازي على صيد وسمى، فأخذ صيداً وقتله، ثم أخذ آخر على فوره ذلك وقتله، ثم وثم، يؤكل ذلك كله؛ لأَن الإرسال لم ينقطع، فكان الثاني كالأَول مع ما بينا أن التعيين ليس بشرط في الصيد؛ لأَنه لا يمكن، فكان أخذ الكلب أو البازي الصيدين[٣] في فور الإرسال كوقوع السهم بصيدين، فإن أخذ صيداً وجثم عليه طويلاً، ثم مر به آخر فأخذه وقتله، لم يؤكل إلا بإرسال مستقبل، أو بزجره وتسميته[٤] على وجه ينزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور.

٢٨٦/١ أ

(١) في ط: وأصل آخر.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: الصيد.
(٤) في ط: وتسمية.

وكذلك إن أَرسل كلبه أو بازه على صيدٍ، فعدل عن الصيد يمنة أو يسرة، وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك، ثم تبع صيداً آخر فأخذه وقتله، لا يؤكل إلا بإرسال مستأنفٍ، أو أن يزجره صاحبه ويسمى فينزجر فيما يحتمل الزجر؛ لأَنه لما تشاغل بغير[1] طلب الصيد فقد انقطع حكم الإرسال، فإذا صاد صيداً بعد ذلك فقد ترسل بنفسه، فلا يحل [أكل][2] صيده إلا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بينا.

وإن كان الذي أرسل فهداً، والفهد إذا أرسل كمن، ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله، فإنه يؤكل.

وكذلك الكلب إذا أرسل فصنع كما يصنع الفهد، فلا بأس بأكل ما صاد، لأن حكم الإرسال لم ينقطع بالكمون؛ لأَنه إنما يمكن ليتمكن من الصيد، فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة إليه، فلا ينقطع به حكم الإرسال كالوثوب والعدو، وكذلك البازي إذا أُرسل فسقط على شيء، ثم طار فأخذ الصيد، فإنه يؤكل؛ لأَنه إنما يسقط على شيء ليتمكن من الصيد، فكان سقوطه بمنزلة كمون الفهد.

وكذلك الرامي إذا رمى صيداً بسهم، فَمَا أصابه في سننه ذلك ووجهه أكل؛ لأَنه إذا مضى في سننه فلم ينقطع حكم الرمي، فكان ذهابه بقوة الرامي، فكان قتله مضافاً إليه، فيحل، فإن أصاب واحداً ثم نفذ إلى آخر وآخر، أكل الكل لما قلنا، مع ما أن تعيين الصيد ليس بشرط، فإن أمالت الريح السهم إلى ناحيةٍ أخرى، يميناً أو شمالاً، فأصاب صيداً آخر لم يؤكل، لأن السهم إذا تحول عن سننه فقد انقطع حكم الرمي، فصارت الإصابة بغير فعل الرامي، فلا يحل؛ كما لو كَانَ عَلَى جَبَلٍ سَيْفٌ، فألقته الريح على صيدٍ فقتله، أنه لا يؤكل؛ كذا هذا.

فإن لم ترده الريح عن وجهه ذلك أكل الصيد، لأَنه إذا مضى في وجهه، كان مضيه بقوة الرامي، وَإِنَّما الريح أعانته، ومعونةُ الريح السهمَ مما لا يمكن الاحتراز عنه، فكان ملحقاً بالعدم، فإن أصابت الريح السهم وهي ريح شديدة، فدفعته لكنه لم يتغير عن وجهه، فأصاب السهم الصيد؛ فإنه يؤكل؛ لأنه مضى في وجهه ومعونة الريح إذا لم تعدل السهم عن وجهه لا يمكن التحرز عنه، فلا يعتبر، ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرةً فرجع، فأصاب صيداً، فإنه لا يؤكل؛ لأن فعل الرامي انقطع وصارت الإصابة في غير جهة الرمي، فإن مر السهم بين الشجر فجعل يصيب الشجر في ذلك الوجه، لكن السهم على سننه، فأصاب صيداً فقتله فإنه يؤكل، فإنْ رَدَّهُ شيء من الشجر يمنَةً أو يسرةً، لا يؤكل لما بينا، فإن مر السهم فحجشه حائطٌ

---

(١) في أ: عن.

(٢) سقط من ط.

وهو على سننه ذلك، فأصاب صيداً فقتله، أكل؛ لأن فعل الرامي لم ينقطع، وإنما أصاب السهم الصيد والحائط، وذلك لا يمنع الحل.

وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أن حكم الرمي[١] لا ينقطع بالتغير عن سننه يميناً وشمالاً، إلاَّ إذا رجع من ورائه، ولوأن رجلاً رمى بسهم وسمى، ثم رمى رجلٌ آخر بسهم وسمى، فأصاب السهم الأول السهم الثاني قبل أن يصيب الصيد، فرده عن وجهه ذلك، فأصاب صيداً فقتله، فإنه لا يؤكل، لأنه لما رده السهم الثاني عن سننه انقطع حكم الرمي، فلا يتعلق به الحل.

قال القدوري: وهذا محمولٌ على أن الرامي الثاني لم يقصد الاصطياد؛ لأَن القتل حصل[٢] بفعله، وهو لم يقصد الاصطياد، فلا يحل، فأما إذا كان الثاني رمى للاصطياد فيحل أكل الصيد، وهو للثاني؛ لأنه مات بفعله، وإن لم يقصده بالرمي وتعيينُ المرمي إليه ليس بشرطٍ.

ولو أَنَّ رجلين رمى كلُّ واحد منهما صيداً بسهم فأصابا الصيد جميعاً، ووقعت الرميتان بالصيد معاً، فمات، فإنه لهما ويؤكل، أمَّا حل الأكلَ فظاهر، وأما كون الصيد لَهُمَا فلأنهما اشتركا في سبب الاستحقاق، وتساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق.

فإن أَصَابَهُ سهمُ الأَول فوقذه ثم أصابه سهم الآخر فقتله، قال أبو يوسف (رحمه الله): يؤكل / والصيد للأول؛ وقال زفر (رحمه الله): لا يؤكل، وهذا فرع اختلافهم في أن المعتبر في الرمي حال الرمي، أو حال الإصابة، فعند أصحابنا الثلاثة المعتبر حال الرمي وعند زفر حال الإصابة. ٢٨٦/ب

ووجه البناء على هذا الأصل: أن المعتبر لما كان حال الرمي عندنا فقد وجد الرمي منهما، والصيد ممتنعٌ، فلا يتعلق بالسهم الثاني حظر إلا أن الملك للأول؛ لأَن سهمه أخرجه من حيز الامتناع، فصار السهم الثاني كأنه وقع بصيد مملوك، فلا يستحق به شيء، فَكَانَ الاعتبار بحال الرمي في حق الحل والإصابة في حق الملك، لأن الحل يتعلق بالفعل والملك يتعلق بالمحل، وَلَمَّا كان الاعتبار بحال الإصابة عنده فقد أصابه الثاني، والصيد غير ممتنع، فصار كمن رمى إلى شاة فقتلها.

وجه قول زفر (رحمه الله) الاعتبار حال الإصابة أن الملك يقف ثبوته على الإصابة؛ فإنه لو لم يصب لا يملك، يَدَلَّ أن المعتبر هو وقت الإصابة.

---

(١) في ط: الإرسال. (٢) في أ: جعل.

وَلَنَا: أَنَّ حال الرمي هو الذي يفعله، والتسمية معتبرة عند فعله، فكان الاعتبار بحال الرمي[1]، وكذلك إن رمى أحدهما بعد الآخر قبل إصابة الأول، فهو كرميهما معاً في القولين؛ لأن رمي الثاني وجد والصيد ممتنعٌ، فصار كما لو رَمَيا معاً، فإن أصابه سهم الأول ولم يخرجه من الامتناع، فأصابه الثاني فقتله، فهو للثاني؛ لأن الأول إذا لم يخرجه عن حد الامتناع ففعل الاصطياد وجد من الثاني، وللأول تسببٌ في الصيد، فصار كمن أثار صيداً وأخذه غيره، أن الصيد يكون للآخذ لا للمثير؛ كذا هذا.

وإن كان سهم الأول وقذه وأخرجه عن الامتناع، ثم أصابه سهم الثاني، فَهَذَا عَلَىٰ وجوه: إن مات من الأول أكل، وعلى الثاني ضمانُ ما نقصته جراحته؛ لأن السَّهْمَ الأول وقع به وهو صيد، فإذا قتله حل، وقد ملكه الأول بالإصابة، فالجراحةُ الثانيةُ نقص في ملك الأول فيضمنها الثاني.

وإنْ مَاتَ من الجراحة الثانية لم يؤكل؛ لأن الثاني رمى إليه وهو غير ممتنع، فصار كالرمي إلى الشاة، ويضمن الثاني ما نقصته جراحته؛ لأنه نقصٌ دخل في ملك الغير بفعله، ثم يضمن قيمته مجروحاً بجراحتين؛ لأنه أتلف بفعله إلاً أنه غرم نقصان الجرح الثاني، فلا يضمنه ثانياً، والجرح الأول نقص حصل بفعل المالك للصيد، فلا يضمنه الثاني.

وإن مات من الجراحتين لم يؤكل؛ لأن أحد الرميين حاظر والآخر مبيحٌ، فالحكم للحاظر احتياطاً، والصيد للأول لانفراده بسبب ملكه وهو الجراحة المخرجة له من الامتناع، وعَلَى الثاني للأول نصف قيمته مجروحاً بالجراحيتن ويضمن نصف ما نقصته الجراحة الثانية؛ لأنه مات بفعلهما، فسقط نصف الضمان وثبت نصفه، والجراحة الثانية يضمنها الثاني؛ لأنها حصلت في ملك غيره، ولأنه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الإباحة إلى الحظر، فيلزمه الضمان، وإن لم يعلم بأي بالجراحتين مات، فهو كما لو علم أنه مات منهما؛ لأن كل واحدة من الجراحتين سبب القتل في الظاهر، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

وَلَوْ أَرْسَلَ كلباً على صيدٍ وسمى، فأدرك الكلب الصيد، فضربه فوقذه، ثم ضربه ثانياً فقتله، أُكِلَ؛ وكذلك لو أَرْسَلَ كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه، ثم ضربه الكلب الآخر فقتله، فإنه يؤكل[2]؛ لأن هذا لا يدخل في تعليم الكلب؛ إذ لا يمكن أنْ يعلم بترك الجرح بعد الجرح الأول، فلا يعتبر، فكأنه قتله بجرحٍ واحد.

ولو أَرْسَلَ رجلان كُل واحد منهما كلبه على صيدٍ، فضربه كلب أحدهما فوقذه، ثم

---

(١) في أ: الإصابة عنده.

(٢) في أ: لا يؤكل.

ضربه كلب الآخر فقتله، فإنه يؤكل لما ذكرنا أنَّ جرحَ الكلب بعد الجرح مما لا يمكن التحفظ عنه، فلا يوجب الحظر فيؤكل، ويكون الصيد لصاحب الأول؛ لأَن جراحة كلبه أخرجته عن حد الامتناع، فصار ملكاً له، فجراحة كلب الثاني لا تزيل ملكه عنه.

وَمِنْهَا: أَن يكون الإِرسال والرمي على الصيد وإِليهِ، حَتَّىٰ لَوْ أُرْسِلَ على غير صيد أو رمي إِلى غير صيد فأصاب صيداً لا يحل؛ لأَن الإِرسال إِلى غير الصيد والرمي إِلى غيره لا يكون اصطياداً، فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضافاً إِلى المرسل والرامي، فلا تتعلق به الإِباحة.

وعلى هذا يخرج ما إِذا سمع حسًا فظنه صيداً، فأرسل عليه كلبه أو بازه، أو رماه بسهم فأصاب صيداً، أو بَانَ لَهُ أَنَّ الحس الذي سمعه لم يَكُنْ حس صيد، وإِنما كان شاة أو بقرة أَوْ آدميًا، أنه لا يؤكل الصيد الذي أصابه في قولهم جميعاً؛ لأنه تبين أنه أرسل على ما ليس بصيد، ورمى إِلى ما ليس بصيدٍ، فلا يتعلق به الحل لما بينا من الفقه، وصار كأنه رمى إِلى آدمي أو شاة أو / بقرة وهو يعلم به فأصاب صيداً، أنه لا يؤكل؛ كذا هذا. ٢٨٧/١ أ

وإِن كان الحس حس صيد، فأصاب صيداً يؤكل، سواء كان ذلك الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول، بعد أن كان المصاب[١] صيداً مأكولاً، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: إِن كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل، وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنه إِن كان حس ضبع يؤكل الصيد وإِن كان حس خنزير لا يؤكل الصيد، وجه قول زفر: أَنَّ السَّبُعَ غير مأكول، فالرمي إِليه لا يثبت به حل الصيد المأكول، كما لو كان حس آدمي فرمى إِليه فأصاب صيداً.

وَلَنَا أَنَّ الإِرسال إِلى الصيد اصطياد مباح، مَأْكُولاً كان الصيد أو غير مأكولٍ، فتتعلق به إِباحة الصيد المأكول؛ لأن حل الصيد المأكول يتعلق بالإِرسال، فإِذا كان الإِرسال حلالاً يثبت حله، إِلا أنه لا يثبت بحل الإِرسال حل حكم المرسل إِليه، لأَن حرمته ثبتت لمعنى يرجع إِلى المحل، فلا تتبدل بالفعل، لأن المعتبر في الإِرسال هو قصد الصيد.

فَأَمَّا التعيين، فليس بشرط، لما بينا فيما تقدم، وقد قصد الصيد، حلالاً كان أو حراماً، بخلاف ما إِذا كان الحس حس آدمي؛ لأن الإِرسال على الآدمي ليس باصطياد، فضلاً عن أن يكون حلالاً، فلا[٢] يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد؛ وعلى الوجه الثاني لم يوجد منه قصد الصيد، فلا يتعلق به الحل.

---

(١) في أ: المصاد.

(٢) في ط: إذ لا.

وجه رواية أبي يوسف (رحمه الله) في فصله بين سائر السباع وبين الخنزير: أن الخنزير محرم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه، فسقط اعتبار الإرسال عليه والتحق بالعدم، فأما سائر السباع فجائز الانتفاع بها في غير جهة الأكل، فكان الإرسال إليها معتبراً، وإن سمع حسًّا ولكنه لا يعلم أنه حس صيد أو غيره، فأرسل فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأنه إذا لم يعلم استوى الحظر والإباحة، فكان الحكم للحظر احتياطاً.

وذكر في الأصل فيمن رمى خنزيراً أهليًا، فأصاب صيداً، قال: لا يؤكل؛ لأَن الخنزير الأَهلي ليس بصيد لعدم التوحش والامتناع، فكان الرمي إليه كالرمي إلى الشاة، فلا يتعلق به حل الصيد، وإن أصاب صيداً مأكولاً، وقد قالوا فيمن سمع حسًّا فظنه آدميًا، فرماه فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد أكل؛ لأنه رمى إلى المحسوس المعين وهو الصيد فصح.

ونظيره ما إذا قال لامرأته وأشار إليها هذه الكلبة طالقٌ، أنها تطلق، وبطل الاسم، وقالوا لو رمى طائراً فأصاب صيداً وذهب المرمي إليه ولم يعلم، أو وحشيٌّ، أو مستأنس؛ أكل الصيد؛ لأن الأصل في الطير التوحش، فيجب التمسك بالأصل حتى يعلم الاستئناس.

ولو علم أن المرمي إليه داجن تأوى البيوت، لا يؤكل الصيد؛ لأن الداجن يأويه البيت وتثبت اليد عليه، فكان الرمي إليه كالرمي إلى الشاة، وذلك لا يتعلق به الحل؛ كذا هذا.

وقالوا: لو رمى بعيراً فأصاب صيداً، وذهب البعير، فلم يعلم أنادٌّ أو غير نادٍّ، لم يؤكل الصيد، حتى يعلم أن البعير كان نادًا؛ لأن الأصل في الإبل الاستئناس فيتمسك بالأصل حتى يظهر الأمر بخلافه.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف (رحمه الله) فيمن رمى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً، فقال في روايةٍ لا يؤكل؛ لأن السمك والجراد لا ذكاة لهما، وروي عنه أنه يؤكل؛ لأن المرمي إليه من جملة الصيد، وإن كان لا ذكاة له، وقالوا لو أرسل كلبه على ظبي موثق فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأن الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد فيه، وهو الامتناع، فأشبه شاة، ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظبي، فأصاب صيداً، لم يؤكل؛ لأن هذا إرسال لم يقصد به الاصطياد، فصار كمن أرسل كلباً[1] على قتل رجلٍ فأصاب صيداً.

ومنها: أن لا يكون ذو الناب الذي يصطاد به من الجوارح محرم العين، فإن كان محرم العين وهو الخنزير فلا يؤكل صيده، لأَنه[2] محرم العين محرم الانتفاع به، والاصطياد به انتفاع به، فكان حراماً، فلا يتعلق به الحل.

---

(١) في أ: صيداً.
(٢) في ط: لأن.

وأما ما سواه من ذي الناب من السباع، فقد قال أصحابنا جميعاً: كُلُّ ذي مخلب وذي ناب علم فتعلَّم ولم يكن محرم العين، فصيد به، كان صيده حلالاً؛ لعموم قوله (عزَّ شأنه): ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤].

وقالوا في الأَسد والذئب؛ أنه لا يجوز الصيد بهما لا لمعنى يرجع إلى ذاتهما، بل لعدم احتمال التعلم، لأَن التعلم بترك العادة، وذلك بترك الأَكل، وقيل: إن من عادتهما أنهما إذا أخذ صيداً لا يأكلانه في الحال، فلا يمكن الاستدلال بترك الأَكل فيهما على التعلم، حتى لو تصور تعليمهما يجوز.

١/ ٢٨٧ ب وذكر هشام وقال، سألت محمداً عن الذئب / إذا علم فصاد، فقال: هذا أرى أنه لا يكون، فَإِنْ كَانَ فلا بأس به، وقال: سألته عن صيد ابن عرس، فأخبرني أن أبا حنيفة (رحمه الله) قال: إذا عُلِّم فتعلم، فكل مما صاد، فصار الأصل ما ذكرنا أن ما لا يكون محرم العين من الجوارح إذا عُلِّم فتعلم، يؤكل صيده، والله (جلَّ شأنه) أعلم.

ومنها: أن يعلم إن تلف الصيد بإرسال، أو رمى هو سبب الحل من حيث الظاهر، فإن شاركهما معنى، أو سبب يحتمل حصول التلف به، والتلف به مما لا يفيد الحل ـ لا يؤكل إلاَّ إذا كان ذلك المعنى مما لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأَنه إذا احتمل حصول التلف بما لا يثبت به الحل، فقد احتمل الحل والحرمة، فيرجع جانب الحرمة احتياطاً، لأَنه إن أكل عسى أنه أكل الحرام فيأثم، وَإِن لم يأكل فلا شيء عليه، والتحرز عن الضرر واجبٌ عقلاً وشرعاً.

والأَصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لوابصة بن معبد (رضي الله عنه): «الحَلاَلُ بَيِّنٌ وَالحَرَامُ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا أُمورٌ مُشْتَبِهَاتٌ فَدَعْ مَا يُرِيبُكَ إِلَىٰ مَا لاَ يُرِيبُكَ»[1] وقال عبدُ الله بن مسعود (رضي الله عنهما): ما اجتمع الحلال والحرام في شيءٍ إلاَّ وقد غلب الحرامُ الحلالَ[2].

وعلى هذا يخرج ما إذا رمى صيداً وهو يطير، فأصابه فسقط على جبل، ثم سقط منه على الأَرض فمات، أنه لا يؤكل، وهو تفسير المتردي؛ لأَنه يحتمل أنه مات من الرمي، ويحتمل أنه مات بسقوط عن الجبل.

وكذلك لو كان على جبل فأصابه، فسقط منه شيء على الجبل، ثم سقط على الأرض فمات، أو كان على سطح فأصابه، فهوى فأصاب حائط السطح، ثم سقط على الأرض

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الهندي في «كنز العمال» (٣/ ٧٩٧) رقم (٨٧٩٠) وعزاه إلى عبد الرزاق.

فمات، أو كان على نخلة أو شجرة، فسقط منها على جذع النخلة، أو ند من الشجرة ثم سقط على الأرض فمات، أو وقع على رمح مركوز في الأَرض وفيه سِنان فوقع على السِّنان، ثم وقع على الأرض فمات، أو نشب فيه السنان فمات عليه، أو أصاب سهمه صيداً فوقع في الماء فمات فيه، لا يحل، لأَنه يحتمل أنه مات بالرمي، ويحتمل أنه مات بهذه الأَسباب[١] الموجودة بعده.

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «وَإِنْ وَقَعَ فِي المَاءِ فَلاَ تَأْكُلْهُ، فَلَعَلَّ المَاءَ [قد][٢] قَتَلَهُ»[٣] بَيَّنَ (عليه الصلاة والسلام) الحكم، وعلل بما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر، وهو وقوعه في الماء، والحكم المعلل بعلةٍ يتعمم بعموم العلة، ولو أصابه السهم فوقع على الأرض فمات، فالقياس أن لا يؤكل؛ لجواز موته بسبب وقوعه على الأرض.

وفي الاستحسان: يُؤكل؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمي إليه على الأرض، فلو اعتبر هذا الاحتمال لوقع الناس في الحرج، وذكر في المنتقى في الصيد إذا وقع على صخرةٍ فانشق بطنه، أو تقطع رأسه؛ أنه لا يؤكل، قال الحاكم الجليل الشهيد المروزي: وهذا خلاف جواب الأَصل.

قال القدوري (رحمه الله): وعنى به أنه خلاف عموم جواب الأصل؛ لأَنه ذكر في الأَصل لو وقع على آجرة موضوعة في الأَرض، أكل، ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه أو لم ينشق، فهذا يقتضي أن يؤكل في الحالين، فيجوز أن يجعل في المسألة روايتان، ويجوزُ أن يفرق بين الحالين من حيث أن لو انشق بطنه أو انقطع رأسه، فالظاهر أن موته بهذا السبب لا بالرمي، فَكَانَ احتمالُ موته بالرمي احتمالَ خلافِ الظاهر، فلا يعتبر، وإذا لم ينشق ولم ينقطع، فموته بكل واحد من السببين محتملٌ احتمالاً على السواء، إلاَّ أن التحرز [عنه][٤] غير ممكن، فسقط اعتبار موته بسبب العارض.

ويجوز أن يكون المذكور في المنتقى تفسيراً لما ذكر في الأَصل، فيكون معناه أنه يؤكل إذا لم ينشق بطنه، أو لم ينقطع رأسه، فيحمل المطلق على المقيد، ويجعل المقيد بياناً للمطلق عند تعذر العمل بهما.

---

(١) في أ: الأشياء.

(٢) سقط من ط.

(٣) تقدم تخريجه بلفظ: إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك.

(٤) سقط من ط.

ولو وقع على حرف آجرة[١] أو حرف حجر، ثم وقع على الأرض فمات لم يؤكل لما قلنا، ولو كانت الآجرة منطرحة على الأَرض فوقع عليها ثم مات، أكل؛ لأن الآجرة المتطرحة كالأَرض، فوقوعه عليها كوقوعه على الأرض، ولو وقع على جبل فمات عليه، أكل؛ لأَن استقراره على الجبل كاستقراره على الأرض.

وذكر في المنتقى عن أبي يوسف (رحمه الله) لو رمى صيداً على قُلَّةِ جبلٍ فأثخنه حتى صار لا يتحرك، ولم يستطع أن يأخذَهُ فرماه فقتله، ووقع، لم يأكله؛ لأنه خرج عن كونه صيداً بالرمي الأَول لخروجه عن حد الامتناع. فالرمي الثاني لم يصادف صيداً، فلم يكن ذكاة له، فلا يؤكل.

وعلى هذا يخرج ما إِذا اجتمع على الصيد مُعَلَّمٌ وغير معلم، أو مُسمى عليه وغير مسمًّى، أنه لا يؤكل لاجتماع سببي الحظر والإِباحة، ولم يُعْلَمْ أيهما قتله.

ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم [أو معلم][٢] لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه، أو سبع من السباع، أو ذو مخلبٍ منَ الطير، مما يجوز أن يعلم فيصاد به، فرد الصيد عليه ونهشه[٣] أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل / ، فأخذه الكلب المرسل وقتله ـ لا يؤكل؛ لأن رد الكلب ونهشه[٤] مشاركة في الصيد، فأشبه مشاركة المعلم وغير المعلم، والمسمى عليه غير المسمى عليه، بخلاف ما إذا رد عليه آدمي، أبو بقرة، أو حمار، أو فرس، أو ضب، لأن فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد، فلا يزاحم الاصطياد في الإِباحة، فكان ملحقاً بالعدم، فإن تبع الكلب الأول كَلْبٌ غير معلم ولم يرد عليه، ولم يهب[٥] الصيد، ولكنه اشتد عليه وكان الذي أخذ وقتل الكلب المعلم، لا بأس بأكله؛ لأنهما ما اشتركا في الاصطياد لعدم المعاونة، فيحل أكله، والله (جلَّ شأنه) أعلم.

٢٨٨/١ أ

ومنها: أن يلحق المرسل أو الرامي الصيد أو من يقوم مقامه قبل التواري عن عينه، أو قبل انقطاع الطلب منه إِذا لم يدرك ذبحه، فإِن تَوَارَىٰ عن عينه وقعد عن طلبه ثم وجده، لم يؤكل، فأما إذا لم يتوار عنه أو توارى لكنه لم يقعد عن الطلب حتى وجده، يؤكل استحساناً، والقياس أنه لا يؤكل.

وجه القياس أنه يحتمل أن الصيد مات من جراحة كلبه أو من سهمه، ويحتمل أنه مات بسبب آخر، فلا يحل أكله بالشك.

(١) الآجرة: اللبنة المحرقة المُعَدَّة للبناء. المعجم الوسيط (آجر).
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: وهبأة.
(٤) في أ: وتهيأته.
(٥) في أ: يهيأ.

وجه[1] الاستحسان ما روي أَنَّ رسُولَ الله ﷺ مَرَّ بالرَّوْحَاءِ على حمارِ وحش عقير، فتبادر أصحابه إليه، فقال: «دَعُوهُ فَسَيَأْتِي صَاحِبُهُ «فجاء رجلٌ من فهر» فقال: هذه رميتي يا رسولَ اللَّهِ، وأنا في طلبها، وقد جعلتها لك، فأمر رسول الله ﷺ سيدنا أبا بكر (رضي الله عنه) فقسمه بين الرفاق؛ ولأن الضرورة توجب ذلك، لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه في الصيد، فإنَّ العادةَ أنَّ السهمَ إذا وقع بالصيد تحامل فغاب، وإذا أصاب الكلب الخوف منه غاب، فلو اعتبرنا ذلك لأدى ذلك إلى انسداد باب الصيد، ووقوع الصيادين في الحرج، فسقط اعتبار الغيبة التي لا يمكن التحرز عنها؛ إذا لم يوجد من الصائد تفريط في الطلب؛ لمكان الضرورة والحرج، وعند قعوده عن الطلب لا ضرورة فيعمل بالقياس.

وقد روي أن رجلاً أهدى إلى النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) صَيْداً، فقال له: «مِنْ أَيْنَ لك هذا؟ فقال: رميتُهُ بالأمسِ وكنتُ في طلبه حتى هجم على الليل فقطعني عنه، ثم وجدته اليوم ومزراقي فيه، فقال (عليه الصلاة والسلام): «إِنَّهُ غَابَ عَنْكَ وَلاَ أَدْرِي لَعَلَّ بَعْضَ الهَوَامِّ أَعَانَكَ عَلَيْهِ لاَ حَاجَةَ لِي فِيهِ»[2] بيَّن (عليه الصلاة والسلام) الحكم وعلَّة الحكم، وهو ما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر، وهذا المعنى لا يتحقق فيه إذا لم يقعد عن الطلب.

وروي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه سئل عن ذلك، فقال: كل ما أصميت ودع ما أنميت[3]، قال أبو يوسف (رحمه الله): الاصماء: ما عاينه والإنماء: ما توارى عنه، وقال هشام عن محمد (رحمه الله): الأصماء: ما لم يتوار على بصرك والإنماء: ما توارى عن بصرك، إلاَّ أنه أقيم الطلب مقام البصر للضرورة، ولا ضرورة عند عدم الطلب؛ ولأنه إذا قعد عن طلبه فمن الجائز أنه لو كان طلبه لأدركه حَيًّا، فيخرج [الحي][4] من أن يكون ذكاة، فلا يحل بالشك، بخلاف ما إذا لم يقعد عن طلبه؛ لأنه لم يدركه حَيًّا، فبقي الجرح ذكاة له، والله تعالى أعلم.

---

(١) في أ: وحجة.

(٢) روي هذا الحديث مرسلاً وموصولاً. فأخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ٢٨١) رقم (٣٨٣) من طريق موسى بن أبي عائشة عن أبي رزين مرسلاً.
وذكره عبد الرحمن في «الأحكام الوسطى» (٤/ ١١٣) من طريق أبي داود وقال: هذا مرسل. اهـ. وهو في «المصنف» أيضاً لابن أبي شيبة. وينظر «نصب الراية» (٤/ ٣١٤ ـ ٣١٥) أما الحديث الموصول: فأخرجه عبد الرزاق (٤/ ٤٦١) رقم (٨٤٦١) من طريق عبد الكريم بن أبي المخارق عن قيس بن أسلم عن الحسن بن محمد عن عائشة به.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣١٥): وابن أبي المخارق واه.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٤/ ٤٦٠) رقم (٨٤٥٥) من طريق مقسم عن ابن عباس.

(٤) سقط من ط.

وأما ما يستحب من الذكاة وما يكره منها: فمنها: أن المستحب أن يكون الذبح بالنهار، ويكره بالليل.

والأصلُ فيه ما روي عَنْ رسولِ الله ﷺ أنه نَهَىٰ عَنْ الأَضحى ليلاً وعَنِ الحصادِ ليلاً، وهو كراهةُ تنزيهٍ، ومعنى الكراهة يحتمل أن يكون لوجوه:

أحدها: أن الليلَ وقتُ أمنٍ وسكونٍ وراحةٍ، فإيصال[1] الألم في وقت الراحة يكون أشد.

والثاني: أنه لا يأمن من أن يخطىء فيقطع يده، ولهذا كره الحصاد بالليل.

والثالث: أنَّ العروق المشروطة في الذبح لا تتبين في الليل، فربَّما لا يستوفى قطعها.

ومنها: أنه يستحب في الذبح حالة الاختيار أن يكون ذلك بآلةٍ حَادَّةٍ من الحديد، كالسكين والسيف، ونحو ذلك، ويكره بغير الحديد وبالكليل من الحديد؛ لأنَّ السنة في ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب إلى راحته.

والأصلُ فيه ما روينا عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ (تَعَالَىٰ عَزَّ شَأْنُهُ) كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»[2] وفي بعض الروايات: «وَلْيشدَّ قَوَائِمَهُ، وَلْيُلْقِهِ عَلَى شِقِّهِ الأَيْسَرِ، وَلْيُوجِّهْهُ نَحْوَ القِبْلَةِ، وَلْيُسَمِّ اللَّهَ (تَعَالَى) عَلَيْهِ»، والذبح بما لنا أسهل على الحيوان وأقرب إلى راحته.

ومنها: التذفيف في قطع الأوداج، ويكره الإبطاء فيه، لما روينا عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»، والإسراعُ نوعُ راحةٍ له.

ومنها: الذبح في الشاة والبقرة والنحر في الإبل، ويكره القلب من ذلك لما ذكرنا فيما تقدم، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

ومنها: أن يكون ذلك من قِبَلِ الحلقوم، ويكره من قبل القفا لما مر.

ومنها: قطع الأَوْدَاج، كلها، ويكره قطع البعض دون البعض؛ لما فيه من إبطاء فوات حياته.

ومنها: الاكتفاء بقطع الأوداج، ولا يبلغ به النخاع، وهو العرق الأبيض الذي يكون في

---

(١) في ط: فإيصال.

(٢) تقدم تخريجه قريباً.

عظم الرقبة، ولا يبان / الرأس، ولو فعل ذلك يكره لما فيه من زيادة إيلام من غير حاجةٍ إليها، وفي الحديث: «أَلاَ لاَ تَنْخَعُوا الذَّبِيحَةَ»، والنخعُ: القتلُ الشديدِ حتى يبلغ النخاعَ. ١/ ٢٨٨

ومنها: أن يكون الذابح مستقبل القبلة، والذبيحة موجهة إلى القبلة؛ لما روينا، ولما روي أن الصحابة (رضي الله عنهم) كانوا إذا ذبحوا استقبلوا القبلة؛ فإنه روي عن الشعبي أنه قال: كانوا يستحبُّون أن يستقبلوا بالذبيحة [إلى][1] القبلة[2]، وقوله: «كانوا» كناية عن الصحابة (رضي الله عنهم) ومثلُه لا يكذب.

ولأن المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم إلى الأوثانِ، فتستحب مخالفتهم في ذلك باستقبال القبلة التي هي جهة الرغبة إلى طاعة الله (عزَّ شأنه).

ويكره أن يقولَ عند الذبح: اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ فلان، وإنما يقول ذلك بعد الفراغ من الذبح، أو قبل الاشتغال بالذبح؛ هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة (رحمهما الله)، عن حماد، عن إبراهيم؛ وكذلك قال أبو يوسف: ادع بالتقبل قبل الذبح، إن شئت، أو بعده.

وقد روينا عَنْ رسولِ الله ﷺ أنه قال: «مَوْطِنَانِ لاَ أُذْكَرُ فِيهِمَا: عِنْدَ العِطَاسِ، وَعِنْدَ الذَّبْحِ» وروينا عن ابن مسعود (رضي الله عنهما) أنه قال: جَرِّدُوا التسميةَ عند الذبح، ولو قال ذلكَ لا تحرم الذبيحة؛ لأنه ما ذكر اسم غير الله (عزَّ شأنه) على سبيل الإشراك، لكنه يكره لتركه التجريد من حيث الصورة.

فإن قيل: أليسَ أنه روي أَنَّ رسول الله ﷺ ضَحَّىٰ بكبشين أملحين؛ أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته.

فالجوابُ: أنه ليس فيه أنه ذكر مع اسم الله (تعالى وجلَّ شأنه) نفسه (عليه الصلاة والسلام) أو أمته، فيحتمل أنه ضحى أحدهما وذكر اسم الله (تعالى) ونوى بقلبه أَنْ يَكُونَ عنه، وضحى الآخر وذكر اسم الله (تعالى) ونوى بقلبه أن يكون عن أُمَّتِهِ، وهذا لا يوجب الكراهة.

ويكره له بعد الذبحِ قبل أن تبرد أن ينخعها أيضاً، وهو أَنْ ينحرها حتى يبلغ النخاع، وأن يسلخها قبل أن تبرد؛ لأن فيه زيادة إيلام لا حاجة إليها، فإن نخع أو سلخ قبل أن تبرد، فلا بأس بأكلها لوجود الذبح بشرائطه.

ويكره جرها برجلها إلى المذبح، لأنه إلحاق زيادة ألم بها من غير حاجةٍ إليها في الذكاة.

---

(١) سقط من ط.

(٢) وورد أيضاً جواز أكل ذبيحة لمن ذبح لغير القبلة. وينظر «مصنف عبد الرزاق» (٤/ ٤٨٩ ـ ٤٩٠).

وروي عن ابن سيرين عن سيدنا عمر (رضي الله عنهما) أنه رأى رجلاً يسوق شاةً له ليذبحها سوقاً عنيفاً، فضربه بالدرة؛ ثم قال له: «سُقْهَا إِلى الموت سوقاً جميلاً لاَ أُمَّ لَكَ»[1].

ويكره أن يضجعها ويحد الشفرة بين يديها؛ لما روي أن رسول الله ﷺ رَأَى رَجُلاً أضجع شاةً وهو يحد الشفرة وهي تلاحظه، فقال (عليه الصلاة والسلام): «أَوَدَدْتَ أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، أَلاَ حَدَدْتَ الشَّفْرَةَ قَبْلَ أَنْ تُضْجِعَهَا»[2] وروي عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أنه رأى رجلاً وقد أضجع شاةً، ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة، فضربه بالدرة، فهرب الرجل وشردت الشاة؛ ولأن البهيمة تعرف الآلة الجارحة كما تعرف المهالك فتتحرز عنها، فإذا أحد الشفرة وقد أضجعها يزدادُ أَلَمُهَا.

وهذا كلُّه لا تحرم به الذبيحة لأنَّ النهي عن ذلك ليس لمعنى في المنهي، بل لما يلحق الحيوان من زيادة ألم لا حاجة إليه، فكان النهي عنه لمعنى في غير المنهي، وأنه لا يوجب الفساد؛ كالذبح بسكين مغصوب والاصطياد بقوس مغصوب؛ ونحو ذلك.

فصل فيما يحرم أكله من أجزاء الحيوان

وأما بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول. فالذي يحرم أكله منه سبعةٌ: الدم المسفوح، والذَّكَر، والأنثيان، والقُبل، والغدة، والمثانة، والمرارة؛ لقوله (عزَّ شأنه): ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] وهذه الأشياء السبعة مما تستخبثه الطباعُ السليمة، فكانت محرمةً.

وما روي عن مجاهد[3] (رضي الله عنه) أنه قال: كَرِهَ رسولُ الله ﷺ مِنَ الشاة: الذَّكَرَ، والأُنثيين، والقُبلَ، والغدةَ، والمرارة، والمثانة، والدم، فالمراد منه كراهة التحريم؛ بدليل أنه جمع بين الأشياء الستة وبين الدم في الكراهة، والدم المسفوح محرمٌ، والمروي عن أبي حنيفة (رحمه الله) أنه قال: الدمُ حرامٌ، وأكره الستة، أطلق اسم الحرام على الدم المسفوح، وسمى ما سواه مكروهاً، لأن الحرام المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به، وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوعٍ به، وهو النصُّ المفسر من الكتاب العزيز، قال الله (تعالى عزَّ شأنه):

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٤/ ٤٩٣) رقم (٨٦٠٥).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٤/ ٤٩٣) رقم (٨٦٠٨) عن عكرمة مرسلاً. وقد أخرجه الحاكم (٢/ ٢٣٢) من حديث عبد الله بن عباس.

(٣) مجاهد هو ابن جبر أبو الحجاج المخزومي ثقة إمام في التفسير والعلم. مات سنة إحدى أو اثنتين أو ثلاث أو أربع ومئة ينظر: التقريب (ت ٦٥٢٣) والحديث مرسل.

﴿قُلْ لاَ أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً. . . . . . .﴾ [الأنعام:١٤٥] إلى قوله (عزَّ شأنه): ﴿أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْم خِنْزِيرٍ﴾ [الأنعام:١٤٥] وانعقاد الإِجماع أيضاً على حرمته، فأما حرمة ما سواه من الأشياء الستة فما ثبتت بدليل مقطوع به، بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل، أو الحديث؛ لذلك فصل بينهما في الاسم، فسمى ذلك حراماً وذا مكروهاً، والله (عزَّ اسمُه) أعلم.

كِتَابُ الاصْطِيَادِ

قَدْ بينا في «كتاب الذبائح» و«الصيود» ما يؤكل من الحيوانات وما يحرم أكله منها، وما يكره، والآن نبين في «كتاب الاصطياد» ما يباح اصطياده وما لا يباح، ومن يباح له الاصطياد / ، ومن لا يباح له فقط. ٢٨٩ أ

أما الأول: فيباحُ اصطيادُ ما في البحر والبرِّ مما يحل أكلُه، وما لا يحل أكله، غير أن ما يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بلحمه، وما لا يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بجلده وشعره وعظمه، أو لدفع أذيته، إلاَّ صيد الحرم، فإنه لا يباح اصطياده إلاَّ المؤذي منه، لقوله (عزَّ شأنه): ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَماً آمِناً﴾ [العنكبوت:٦٧] وقول النبي (عليه الصلاة والسلام) في صيد الحرم في حديث فيه طول: «وَلاَ يُنفر صَيْدُهُ» وخص منه المؤذيات بقوله (عليه الصلاة والسلام): «خَمْسٌ مِنْ الفَوَاسِقِ يُقْتَلْنَ فِي الحِلِّ والحَرَمِ».

وأما الثاني: فيباح اصطياد ما في البحر للحلالِ والمُحَرِمِ، ولا يباح اصطياد ما في البر للمحرم خاصَّةً، لقوله (تعالى): ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ. . . . . .﴾ [المائدة:٩٦] إلى قوله (تعالى): ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾ [المائدة:٩٦] والفصلُ بين صيد البر والبحر وغير ذلك من المسائل بيناه في «كتاب الحج»، والله (عزَّ شأنه) الموفق.

كِتَابُ التَّضْحِيَةِ[1]

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب إلى بيان صفة التضحية وأَنها واجبة أو لا، وإلى بيان شرائط الوجوب لو كانت واجبة، وإلى بيان وقت الوجوب، وإلى بيان كيفية الوجوب، وإلى بيان محل إقامة الواجب، وإلى بيان شرائط جواز إقامة الواجب، وإلى بيان ما يستحب أَنْ يفعل قبل التضحية وعندها وبعدها، وما يكره كراهة تحريم أو تنزيه.

أما صفة التضحية: فالتضحية نوعان: واجبٌ، وتطوعٌ، والواجب منها أنواع:

منها: ما يجب على الغني والفقير.

ومنها: ما يجب على الفقير دون الغني.

ومنها: ما يجب على الغني دون الفقير.

أما الذي يجب على الغني والفقير: فالمنذور به، بأن قال لله عَلَيَّ أَنَّ أضحى شاة أو بدنة، أو هذه الشاة أو هذه البدنة، أو قال: جعلتُ هذه الشاة ضحيةً أو أُضحية، وهو غني أو فقير، لأن هذه قربةٌ لله (تعالى عزَّ شأنه)، من جنسها إِيجاب وهو هدي المتعة، والقران، والإِحصار، وفداء إسماعيل (عليه الصلاة والسلام)، وقيل هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التي لله (تعالى عزَّ شأنه)، من جنسها إِيجاب من الصلاة والصوم ونحوهما، والوجوب بسبب النذر يستوي فيه الفقير والغني، وإِن كان الواجب يتعلق بالمال؛ كالنذر بالحج أنه يصح من الغني والفقير جميعاً.

وأما الذي يجب على الفقير دون الغني: فالمشتري للأضحية إذا كان المشتري فقيراً؛ بأن اشترى فقير شاة ينوي أن يضحي بها، وقال الشافعي (رحمه الله): لا تجب، وهو قول الزعفراني من أصحابنا، وإِن كان غنيًا لا يجب عليه بالشراء شيءٌ بالاتفاق.

---

(١) (الأُضْحِيَّةُ) قال الجوهري، قال الأصمعي فيها أربعُ لُغَات: أُضْحِيَّةٌ وَإِضْحِيَّة بضمّ الهمزة وكسرها، والجمع أَضَاحيّ؛ وضَحِيَّة، والجمع ضَحَايا؛ وأَضْحَاةٌ، والجمع أَضْحَىَ كَأَرْطاة وأَرْطَىَ، وبها سُمِّي يومُ الأَضْحى. ينظر: تحرير التنبيه ص ١٨٢. وهذا وفي أ: الأضحية.

وجه قول الشافعي (رحمه الله): أن الإِيجاب من العبد يستدعي لفظاً يدل على الوجوب، والشراء بنية الأضحية لا يدل على الوجوب، فلا يكون إيجاباً، ولهذا لم يكن إِيجاباً من الغني.

ولنا أَن الشراء للأضحية ممن لا أضحية عليه يجري مجرى الإِيجاب، وهو النذر بالتضحية عرفاً؛ لأنه إذا اشترى للأضحية مع فقره، فالظاهر أنه يضحي فيصير كأنه قال جعلت هذه الشاة أضحية بخلاف الغني؛ لأن الأضحية واجبة عليه بإيجاب الشرع ابتداءً، فلا يكون شراؤه للأضحية إيجاباً، بل يكون قصد إلى تفريغ ما في ذمته، ولو كان في ملك إِنسان شاة فنوى أن يضحي بها أو اشترى شاة، ولم ينو الأضحية وقت الشراء، ثم نوى بعد ذلك أن يضحي بها، لا يجب عليه، سواء كان غنيًّا أو فقيراً؛ لأنَّ النيةَ لم تقارن الشراء، فلا تعتبر.

وأما الذي يجب على الغني دون الفقير، فما يجب من غير نذر ولا شراء للأضحية، بل شكراً لنعمة الحياة وإِحياء لميراث الخليل (عليه الصلاة والسلام) حين[1] أمره الله (تعالى عزَّ اسمه) بذبح الكبش في هذه الأيام، فداءً عن ولده، ومطيةً على الصراط، ومغفرة للذنوب، وتكفيراً للخطايا على ما نطقت بذلك الأحاديث وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد، وزفر، والحسن بن زياد، وإِحدى الروايتين عن أبي يوسف (رحمهم الله).

وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنها لا تجب[2]، وبه أخذ الشافعي (رحمه الله) وحجة هذه الرواية ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ثَلاَثٌ كُتِبَتْ عَلَيَّ وَلَمْ تُكْتَبْ عَلَيْكُمْ:

---

(١) في أ: حيث.

(٢) أكثر أهل العلم يرون الأضحية سنة مؤكدة غير واجبة، روي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وبلال، وأبي مسعود البدري، رضي الله عنهم. وبه قال سويد بن غفلة، وسعيد بن المسيب، وعلقمة، والأسود، وعطاء، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال ربيعة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والليث، وأبو حنيفة: هي واجبة؛ لما روى أبو هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ كَانَ لَهُ سَعَةٌ، وَلَمْ يُضَحِّ، فَلاَ يَقْرَبَنَّ مُصَلاَّنَا». وعن مخنف بن سليم، أن النبي ﷺ قال: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّ عَلَى كُلِّ أَهْلِ بَيْتٍ، فِي كُلِّ عَامٍ، أُضْحَاةً وَعَتِيرَةً». ولنا، ما روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عباس، عن النبي ﷺ قال: «ثَلاثٌ كُتِبَتْ عَلَيَّ، وَهُنَّ لَكُمْ تَطَوُّعٌ». وفي رواية: «الْوِتْرُ، وَالنَّحْرُ، وَرَكْعَتَا الْفَجْرِ». ولأن النبي ﷺ، قال: «مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ، فَدَخَلَ الْعَشْرُ، فَلاَ يَأْخُذْ مِنْ شَعَرِهِ وَلاَ بَشَرَتِهِ شَيْئاً». رواه مسلم. علقه على الإرادة، والواجب لا يعلق على الإرادة، ولأنها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها، فلم تكن واجبة، كالعقيقة، فأما حديثهم فقد ضعفه أصحاب الحديث، ثم نحمله على تأكيد الاستحباب، كما قال: «غُسْلُ الْجُمُعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ». وقال: «مَنْ أَكَلَ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ، فَلاَ يَقْرَبَنَّ مُصَلاَّنَا». وقد روي عن أحمد، في اليتيم: يُضَحَّى عنه وليه إذا كان موسراً. وهذا على سبيل التوسعة في يوم العيد، لا على سبيل الإيجاب. ينظر: المغني (١٣/ ٣٦٠ ـ ٣٦١).

الوِتْرُ والضُّحَىٰ والأَضْحَى»[١] وَرُوِيَ: «ثَلَاثٌ كُتِبَتْ عَلَيَّ وَهِيَ لَكُمْ سُنَّةٌ»، وذكر (عليه الصلاة والسلام) الأضحية، والسنةُ غير الواجب في العرف.

وروي أن سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر (رضي الله عنهما) كانا لا يضحيان السنة والسنتين.

وروي عن أبي مسعود الأنصاري (رضي الله عنه) أنه قال: قد يروح على ألف شاةٍ ولا أضحي بواحدةٍ، مخافة أن يعتقد جاري أنها واجبة، ولأنها لو كانت واجبة لكان لا فرق فيها بين المقيم والمسافر، لأنهما لا يفترقان في الحقوق المتعلقة بالمال كالزكاة وصدقة الفطر، ثم لا تجب على المسافر، فلا تجب على المقيم.

ولنا قوله (عزَّ وجلَّ): ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] قيل في التفسير: صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها، وقيل: صل الصبح بجمع وانحر بمنى، ومطلق الأمر للوجوب في حق العمل، ومتى وجب على النبي (عليه الصلاة والسلام) يجب على الأمة؛ لأنه قدوة للأمة.

فإن قيل: قد قيل في بعض وجوه التأويل، لقوله (عزَّ شأنه): ﴿وَانْحَرْ﴾ أي: ضع يديك / على نحرك في الصلاة، وقيل استقبل القبلة بنحرك في الصلاة. ١/ ٢٨٩ ب

فالجواب: أن الحمل على الأول أولى؛ لأنه حمل اللفظ على فائدة جديدة، والحملُ على الثاني حَمْلٌ على التكرار؛ لأن وضع اليد على النحر من أفعال الصلاة عندكم يتعلق به كمال الصلاة، واستقبال القبلة من شرائط الصلاة، لا وجود للصلاة شرعاً بدونه، فيدخل تحت الأمر بالصلاة، فكان الأمر بالصلاة أمراً به، فحَمْلُ قوله (عزَّ شأنه): ﴿وَانْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] عليه يكون تكراراً، والحمل على ما قلناه يكون حملاً على فائدة جديدة، فكان أولى.

وروي عن النبي ﷺ: أنه قال: «ضَحُّوا فَإِنَّهَا سُنَّةُ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ» عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أمر (عليه الصلاة والسلام) بالتضحية، والأمر المطلق عن القرينة يقتضي الوجوب[٢] في حق العملَ.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٣١) والدارقطني (٢/ ٢١) والحاكم (١/ ٣٠٠) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢/ ٤٦٨) من طريق أبي جناب الكلبي عن عكرمة عن ابن عباس. وأبو جناب الكلبي ضعيف مدلس. والحديث ضعفه أحمد والبيهقي وابن الصلاح وابن الجوزي والنووي وغيرهم. وينظر: «التلخيص» (٢/ ٣٨).

(٢) اتسعت دائرة الاختلاف بين العلماء، والأصوليين فيما يدل عليه الأمر حقيقة؛ حيث إن دوران الأمر على أوجه كثيرة لا يدل على أنه حقيقة في كل منها.

فإذا ورد أمر من الأوامر في القرآن الكريم، أو في السنة النبوية، فهل يعتبر هذا الأمر دالاً على الوجوب؟ أم الندب؟ أم الإباحة؟ أم لمعنى آخر؟ =

....

= إن خصوصية التعجيز، والتحقير، والتسخير. . . . وغير هذه المعاني غير مستفاد من مجرد صيغة الأمر، بل إنما تفهم هذه المعاني من القرائن، وعليه فلا خلاف في أن صيغة الأمر ليست حقيقة في جميع الوجوه.

وللعلماء آراء متعددة في دلالة الصيغة على الوجوب، أو على الندب، أو على غيرهما، فقد اتفق العلماء على أن صيغة الأمر لا تدل على أي معنى من المعاني المتقدمة إلا بقرينة، كما قلنا سابقاً.

وقد اختلفوا فيما إذا تجردت هذه الصيغة عن القرينة، فهل تدل على الوجوب؟ أم على الندب؟ أم على الإباحة.

المذهب الأول: وهو لجمهور العلماء، حيث ذهبوا إلى أن صيغة «افعل» تدل على الوجوب حقيقة، مجازاً فيما سواه، أي: في الندب والإباحة، وسائر المعاني المستعملة فيها الصيغة، وهذا مذهب الشافعي، واختاره ابن الحاجب في «المختصر»، والبيضاوي في «المنهاج».

المذهب الثاني: ويعزى لأبي هاشم الجبائي، وهو وجه عند الشافعية؛ حيث ذهبوا إلى أن صيغة الأمر حقيقة في الندب، مجاز فيما سواه.

المذهب الثالث: يرى أن صيغة الأمر حقيقة في الإباحة، وهو التخيير بين الفعل والترك، فهي لا تدل إلا على الجواز حقيقة؛ لأنه هو المتيقن، فعند خلوه عن القرينة يكون حقيقة في الإباحة، مجازاً فيما سواها.

المذهب الرابع: ويعزى للماتريدي؛ حيث يرى أن صيغة الأمر حقيقة في القدر المشترك بين الوجوب والندب، وهو الطلب؛ لأن كلا من الوجوب والندب طلب، ويزاد قيد الجزم في جانب الوجوب؛ لأنه الطلب الجازم، والندب غير جازم.

المذهب الخامس: وفيه تكون صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب والندب اشتراكاً لفظياً.

المذهب السادس: يرى أن صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب، والندب، والإباحة.

المذهب السابع: يرى أن صيغة الأمر حقيقة في القدر المشترك بين هذه الأنواع الثلاثة، وهو الإذن. نص عليه أبو عمرو بن الحاجب.

المذهب الثامن: وإليه ذهب القاضي أبو بكر الباقلاني، والغزالي، والآمدي؛ حيث كانوا يتوقفون عن القول بأن الصيغة تدل على الوجوب، أو على الندب؛ لأن الصيغة استعملت في الوجوب تارة، وفي الندب أخرى، فقالوا بالتوقف.

قال الآمدي: ومنهم من توقف، وهو مذهب الأشعري ـ رحمه الله تعالى ـ ومن تبعه من أصحابه؛ كالقاضي أبي بكر، والغزالي، وغيرهما، وهو الأصح.

المذهب التاسع: يرى أن صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب، والندب، والإباحة، والإرشاد، والتهديد.

وقيل: صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب والندب، والتحريم، والكراهة، والإباحة؛ فهي مشتركة بين الأحكام الخمسة، ووجهة دلالة الصيغة على التحريم والكراهة؛ فإنها تستعمل في التهديد، وهو يستلزم ترك الفعل المهدد عليه، وهو إما محرم، أو مكروه.

أما دلالة الصيغة على الخمسة التي هي: الإيجاب، والندب، والإباحة، والإرشاد، والتهديد ـ فواضح؛ لأنها مستعملة في جميع هذه المعاني.

وقال أبو بكر الأبهري ـ من المالكية ـ: إن أمر الله تعالى للوجوب، وأمر رسول الله ﷺ المستقل غير المبين والمؤكد لأمر الله تعالى فهو للندب. =

وَرُوِيَ عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «عَلَى أَهْلِ كُلِّ بَيْتٍ فِي كُلِّ عَامٍ أَضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ»[١] و«على»: كلمة إِيجاب، ثم نسخت العتيرة، فثبتت[٢] الأضحاة.

وروي (عنه عليه السلام) أنه قال: «مَنْ لَمْ يُضَحِّ، فَلاَ يَقْرَبَنَّ مُصَلاَّنَا»[٣] وهذا خَرَجَ مَخْرَجَ الوعيد على ترك الأضحية، ولا وعيد إِلا بترك الواجب.

= وما ذهب إليه الجمهور من العلماء هو الراجح، وهو الذي نختاره، ويلزم أن يكون قاعدة ننطلق منها في فهم الأوامر الواردة في كتاب الله عز وجل، وسنة رسوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ لو فرض أن الأوامر فيهما وردت خالية عن القرائن التي تبين المراد منها؛ لأن من يتتبع الأدلة يدرك أن وضع الأمر في اللغة إنما هو لطلب الإتيان بالمأمور به على وجه الحتم واللزوم، فإذا كان الطالب أعلى منزلة وسيادة على من توجه إليه الأمر، وأتى بالمأمور به كان مستحقاً للجزاء الحسن، وإن لم يأت بما أمر به كان مستحقاً للذم والعقاب، وهذا هو معنى الوجوب في اصطلاح العلماء. ينظر: نهاية السول (٢/ ١٩)، جمع الجوامع (١/ ٣٧٥)، الأحكام (٢/ ١٠)، المستصفى (١/ ١٦٥)، والتيسير شرح التحرير (٢/ ٤٩) ومسلم الثبوت (١/ ٣٧٢).

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٩٣) كتاب الضحايا حديث (٢٧٨٨) والترمذي (٤/ ٩٩) كتاب الأضاحي حديث (١٥١٨) والنسائي (٧/ ١٦٧) كتاب الفرع والعتيرة حديث (٤٢٢٤) وابن ماجه (٢/ ١٠٤٥) كتاب الأضاحي: باب الأضحية واجبة أم لا. حديث (٣١٢٥) كلهم من طريق ابن عون عن أبي رملة عن مخنف بن سليم به مرفوعاً.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه من حديث ابن عون.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢١١): قال عبد الحق: إسناده ضعيف، قال ابن القطان وعلته الجهل بحال أبي رملة واسمه عامر فإنه لا يعرف إلا بهذا يرويه عنه ابن عون وقد رواه عنه أيضاً ابنه حبيب بن مخنف وهو مجهول أيضاً كأبيه.

(٢) في أ: فبقيت.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٤٤) كتاب الأضاحي باب الأضاحي واجبة أم لا. حديث (٣١٢٣) وأحمد (٢/ ٣٢١) والحاكم (٢/ ٣٨٩، ٤/ ٢٣١ ـ ٢٣٢) والبيهقي (٩/ ٢٦٠) من طريق عبد الله بن عياش عن عبد الرحمن بن الأعرج عن أبي هريرة مرفوعاً وقال البوصيري في «الزوائد» (٣/ ٥٠): هذا إسناد فيه مقال عبد الله بن عياش وإن روى له مسلم فإنما روى له في المتابعات والشواهد فقد ضعفه أبو داود والنسائي، وقال أبو حاتم: ليس بالمتين وقال ابن يونس منكر الحديث، وذكره ابن حبان في الثقات. اهـ.

قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٠٧).

أخرجه ابن ماجه في «سننه» عن زيد بن الحباب عن عبد الله بن عياش عن عبد الرحمن بن الأعرج عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له سعة، ولم يضح. فلا يقربن مصلانا»، انتهى. ورواه أحمد، وابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه، وأبو يعلى الموصلي في «مسانيدهم» والدارقطني في «سننه». والحاكم في «المستدرك ـ في تفسير سورة الحج»، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه؛ وأخرجه في «الضحايا» عن عبد الله بن يزيد المقرىء ثنا عبد الله بن عياش به مرفوعاً؛ وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه ثم رواه من حديث ابن وهب أخبرني عبد الله بن عياش، فذكره موقوفاً، قال: =

وقال (عليه الصلاة والسلام): «مَنْ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلاَةَ فَلْيُعِدْ أُضْحِيَتَهُ، وَمَنْ لَمْ يَذْبَحْ فَلْيَذْبَحِ بِسْمِ اللَّهِ»[١] أمَرَ (عليه الصلاة والسلام) بذبح الأضحية وإعادتها إذا ذبحت قبل الصلاة، وكلَ ذلكَ دليل الوجوب، ولأَن إراقة الدم قربة، والوجوب هو العزيمة[٢] في القربات.

وأما الحديث فنقول: بموجبه أن الأَضحيَة ليست بمكتوبة علينا، ولكنها واجبة، وفرق ما بين الواجب والفرض؛ كفرق ما بين السماء والأَرض على ما عرف في أصول الفقه.

وقوله: «هي لكم سنة»: إن ثبت لا ينفي الوجوب، إذ السنة تنبىء عن الطريقة أو السيرة، وكل ذلك لا ينفي الوجوب.

وأما حديث سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر (رضي الله عنهما) فيحتمل أنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين لعدم غناهما؛ لما كان لا يفضل [من] رزقهما الذي كان في بيت المال عن كفايتهما، والغِنَى شرط الوجوب في هذا النوع، وقول أبي مسعود (رضي الله عنه) لا يصلح معارضاً للكتاب الكريم والسنة؛ مع ما أنه يحتمل أنه كان عليه دين، فخاف على جاره لو ضحى أن يعتقد وجوب الأضحية مع قيام الدين، ويحتمل أنه أراد بالوجوب الفرض؛ إذ هو

= هكذا وقفه ابن وهب. والزيادة من الثقة مقبولة، وعبد الله بن يزيد المقرىء فوق الثقة. انتهى. قال في «التنقيح»: حديث ابن ماجه رجاله كلهم رجال ـ الصحيحين ـ إلا عبد الله بن عياش القتبائي، فإنه من أفراد مسلم، قال: وكذلك رواه حيوة بن شريح، وغيره عن عبد الله بن عياش به مرفوعاً، ورواه ابن وهب عن عبد الله بن عباس به موقوفاً، وكذلك رواه جعفر بن ربيعة، وعبيد الله بن أبي جعفر عن الأعرج عن أبي هريرة موقوفاً، وهو أشبه بالصواب، انتهى. وذهل شيخنا علاء الدين مقلداً لغيره، فعزا هذا الحديث للدارقطني فقط، قال ابن الجوزي في «التحقيق»: وهذا الحديث لا يدل على الوجوب، كما في حديث من: أكل الثوم، فلا يقربن مصلانا.

(١) أخرجه البخاري (١٠/ ١٢) كتاب الأضاحي، باب قول النبي ﷺ لأبي بردة ضح بالجذع، حديث (٥٥٥٦) ومسلم (٣/ ١٥٥٢) كتاب الأضاحي، باب وقتها، حديث (٤/ ١٩٦١).
والترمذي (٤/ ١٥٠٨) كتاب الأضاحي: باب ما جاء في الذبح بعد الصلاة حديث (١٥٠٨) والنسائي (٧/ ٢٢٢) كتاب الأضاحي: باب ذبح الضحية قبل الإمام وأحمد (٤/ ٢٩٧) والطيالسي (١/ ٢٣٠ ـ منحة) رقم (٢٠١٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٧٢) والبيهقي (٩/ ٢٦٩) كتاب الضحايا: باب لا يجزي الجذع إلا من الضأن وأبو نعيم في الحلية (٤/ ٣٣٧).
من حديث البراء بن عازب قال: ضحى خال لي يقال له أبو بردة قبل الصلاة فقال له رسول الله ﷺ: «شاتك شاة لحم، فقال: يا رسول الله إن عندي داجناً جذعة من المعز قال: اذبحها ولا تصلح لغيرك، ثم قال: من ذبح قبل الصلاة فإنما يذبح لنفسه، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين» وله ألفاظ وقد خرجه جماعة.

(٢) في ط: القربة.

الواجب المطلق فخاف على جاره اعتقاد الفرضية لو ضحى، فصان اعتقاده بترك الأضحية، فلا يكون حجة مع الاحتمال، أو يحمل على ما قلنا، توفيقاً بين الدلائل صيانةً لها عن التناقض.

والاستدلال بالمسافر غير سديدٍ، لأن فيه ضرورة لا توجد في حق المقيم على ما نذكر في بيان الشرائط، إن شاء الله (تعالى، عزَّ شأنه).

ولو نذر أن يضحي بشاة وذلك في أيام النحر، وهو موسرٌ، فعليه أن يضحي بشاتين عندنا، شاة لأَجل النذر، وشاة بإيجاب الشرع ابتداء، إلا إذا عنى به الإخبار عن الواجب عليه بإيجاب الشرع ابتداء، فلا يلزمه إلا التضحية بشاة واحدة، ومن المشايخ من قال: لا يلزمه إلاَّ التضحية بشاة واحدة؛ لأن هذه الصيغة حقيقتها للإخبار، فيكون إخباراً عما وجب عليه إيجاب الشرع، فلا يلزمه التضحية بأخرى.

ولنا أن هذه الصيغة في عرف الشرع جعلت إنشاء؛ كصيغة الطلاق والعتاق، لكنها تحتمل الإخبار فيصدق في حكم بينه وبين رَبِّه (عزَّ شأنه)، ولو قال ذلك قبل أيام النحر يلزمه التضحية بشاتين، بلا خلافٍ؛ لأَن الصيغة لا تحتمل الإخبار عن الواجب، إذ لا وجوب قبل الوقت والإخبار عن الواجب، ولا واجب يكون كذباً، فتعين الإنشاء مراداً بها.

وكذلك لو قال ذلك وهو معسر، ثم أيسر في أيام النحر، فعليه أن يضحي بشاتين؛ لأنه لم يكن وقت النذر أضحية واجبة عليه، فلا يحتمل الإخبار، فيحتمل على الحقيقة الشرعية، وهو الإنشاء، فوجب عليه أضحية بنذره، وأخرى بإيجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى.

وأما التطوع: فأضحية المسافر والفقير الذي لم يوجد منه النذر بالتضحية ولا الشراء للأضحية، لانعدام سبب الوجوب وشرطه.

فصل [في شرائط الوجوب]

وأما شرائط الوجوب: فأَما في النوعين الأولين، فشرائط أهلية النذر وقد ذكرناها في «كتاب النذر».

وأما [من][1] النوع الثالث. فمنها: الإسلام، فلا تجب على الكافر؛ لأنها قربة، والكافر ليس من أهل القرب، ولا يشترط وجود الإسلام في جميع الوقت من أوله إلى آخره، حتى لو كان كافراً في أولِ الوقت، ثم أسلم في آخره ـ تجب عليه؛ لأن وقت الوجوب يفضل عن أداء الواجب، فيكفي في وجوبها بقاء جزء من الوقت كالصلاة.

---

(١) سقط من ط.

ومنها: الحرية فلا تجب على العبد، وإن كان مأذوناً في التجارة أو مكاتباً، لأنه حق مالي متعلق بملك المال، [والعبد لا يملك المال][١] ولهذا لا تجب عليه زكاة ولا صدقة الفطر ولا يشترط أن يكون حُرًا من أول الوقت إلى آخره، بل يكتفي بالحرية في آخر جزء من الوقت، حتى لو أعتق في آخر الوقت وملك نصاباً، تجب عليه / الأضحية لما قلنا في شرط الإسلام. ١/٢٩٠أ

ومنها: الإقامة، فلا تجب على المسافر لأنها لا تتأدى بكلِّ مال، ولا في كل زمان، بل بحيوان مخصوص في وقت مخصوص، والمسافر لا يظفر به في كل مكان في وقت الأضحية، فلو أوجبنا عليه لاحتاج إلى حمله مع نفسه، وفيه من الحرج ما لا يخفى، أو احتاج إلى ترك السفر وفيه ضرر فدعت الضرورة إلى امتناع الوجوب؛ بخلاف الزكاة؛ لأن الزكاة لا يتعلق وجوبها بوقت مخصوص، بل جميع العمر وقتها، فكان جميع الأوقات وقتاً لأدائها، فإن لم يكن في يد شيء للحال يؤديها إذا وصل إلى المال، وَكَذَا تتأدى بكلِّ مال، فإيجابها عليه لا يوقعه في الحرج، وكذلك صدقة الفطر؛ لأنها تجب وجوباً موسعاً؛ كالزكاة، وهو الصحيح، وعند بعضهم، إن كانت تتوقف بيوم الفطر؛ لكنها تتأدى بكل مال، فلا يكون في الوجوب عليه حرج.

وذكر في «الأصل» وقال: ولا تجب الأضحية على الحاج، وأراد بالحاج المسافر، فأما أهل مكة فتجب عليهم الأضحية وإن حجوا لما روى نافع، عن ابن سيدنا عمر (رضي الله عنهما) أنه كان يخلف لمن لم يحج من أهله أثمان الضحايا ليضحوا عنه تطوعاً، ويحتمل أنه ليضحوا عن أنفسهم لا عنه، فلا يثبت الوجوب مع الاحتمال، ولا تشترط الإقامة في جميع الوقت حتى لو كان مسافراً في أول الوقت، ثم أقام في آخره، تجب عليه لما بينا في شرط الحرية والإسلام.

ولو كان مقيماً في أول الوقت ثم سافر في آخره، لا تجب عليه لما ذكرنا، هذا إذا سافر قبل أن يشتري أضحية، فإن اشترى شاة للأضحية ثم سافر، ذكر في «المنتقى» أن له بيعها ولا يضحي بها، وهكذا روي عن محمدٍ (رحمه الله) أنه يبيعها، من المشايخ من فَصَّلَ بين الموسر والمعسر، فقال: إن كان موسراً، فالجواب كذلك لأنه ما أوجب بهذا الشراء [والنية][٢] شيئاً على نفسه، وإنما قصد به إسقاط الواجب عن نفسه، فإذا سافر تبين أنه لا وجوب عليه، فكان له أن يبيعها؛ كما لو شرع في العبادة على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه؛ أنه لا يلزمه الإتمام، وإن كان معسراً ينبغي أن تجب عليه ولا تسقط عنه بالسفر؛ لأن هذا إيجاب من الفقير

---

(١) سقط من ط. (٢) سقط من ط.

بمنزلة النذر، فلا يسقط بالسفر؛ كما لو شرع في التطوع أنه يلزمه الإتمام والقضاء بالإفساد؛ كذا ههنا، وإن سافر بعد دخول الوقت، قالوا: ينبغي أن يكون الجواب كذلك لما ذكرنا.

ومنها: الغنى لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ وَجَدَ سِعَةً فَلْيُضَحِّ»[١] شرط (عليه الصلاة والسلام) السعة وهي الغنى، ولأنا أوجبناها بمطلق المال.

ومن الجائز أن يستغرق الواجب جميع ماله فيؤدي إلى الحرج، فلا بد من اعتبار الغنى، وهو أن يكون في ملكه مائتا درهم أو عشرون ديناراً، أو شيء تبلغ قيمته ذلك سوى مسكنه وما يتأثث به وكسوته وخادمه وفرسه وسلاحه وَمَالاً يستغنى عنه، وهو نصاب صدقة الفطر، وقد ذكرناه وما يتصل به من المسائل في صدقة الفطر.

ولو كان عليه دَيْنٌ بحيث لو صرف إليه بعض نصابه لا ينقص نصابه، لا تجب؛ لأن الدين يمنع وجوب الزكاة، فلأن يمنع وجوب الأضحية أولى؛ لأن الزكاة فرض والأضحية واجبة، والفرض فوق الواجب، وكذا لو كان له مال غائب لا يصل إليه في أيام النحر؛ لأنه فقير وقت غيبة المال حتى تحل له الصدقة؛ بخلاف الزكاة؛ فإنها تجب عليه؛ لأن جميع العمر وقت الزكاة وهذه قربة موقتة فيعتبر الغنى في وقتها، ولا يشترط أن يكون غنيًا في جميع الوقت، حتى لو كان فقيراً في أول الوقت، ثم أيسر في آخره يجب عليه لما ذكرنا، ولو كان له مائتا درهم فحال عليها الحول، فزكاها بخمسة دراهم، ثم حضرت أيام النحر وماله مائة وخمسة وتسعون لا رواية فيه.

وذكر الزعفراني أنه تجب عليه الأَضحية، لأَنَّ النِّصابَ وإن انتقص لكنه انتقص بالصرف إلى جهة هي قربة فيجعل قائماً تقديراً حتى لو صرف خمسة منها إلى النفقة لا تجب؛ لانعدام الصرف إلى جهة القربة[٢]، فكان النصاب ناقصاً حقيقة وتقديراً، فلا يجب.

ولو اشترى الموسر شاة للأضحية فضاعت حتى انتقص نصابه وصار فقيراً، فجاءت أيام النحر، فليس عليه أن يشتري شاة أخرى؛ لأن النصاب ناقص وقت الوجوب، فلم يوجد شرط الوجوب وهو الغنى، فلو أنه وجدها وهو معسر وذلك في أيام النحر، فليس عليه أن يضحي بها؛ لأنه معسر وقت الوجوب، ولو ضاعت ثم اشترى أخرى وهو موسرٌ فضحى بها، ثم وجد الأولى وهو معسر، لم يكن عليه أن يتصدق بشيء لما قلنا.

وجميع ما ذكرنا من الشروط يستوي فيها الرجل والمرأة؛ لأن الدلائل لا تفصل بينهما.

---

(١) تقدم تخريجه وينظر الباب السابق.

(٢) في ط: القرابة.

١/ ٢٩٠ ب وأما البلوغُ والعقلُ، فليسا من شرائط الوجوب في قول أبي / حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد وزفر: هما من شرائط الوجوب حتى تجب الأضحية في مال الصبي والمجنون إذا كانا موسرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله)، حتى لو ضحى الأب أو الصبي من مالهما لا يضمن عندهما.

وعن محمد وزفر (رحمهما الله): يضمن، وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في صدقة الفطر والحجج[1] ذكرت هنالك.

وَمِنَ المتأخرين مَنْ قال: لا خلاف بينهم في الأَضحية أنها لا تجب في مالهما؛ لأَن القربة في الأُضحية هي إِراقة الدم وأَنها إِتلاف، ولا سبيل إلى إِتلاف مال الصغير والتصدق باللحم تطوع، ولا يجوز ذلك في مال الصغير، والصغير في العادة لا يقدر على أن يأكل جميع اللحم، ولا يجوز بيعه، ولا سبيل للوجوب رأساً.

والصحيح أنه على الاختلاف، وتجب الأضحية عن أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) ولا يتصدق باللحم لما قلنا، لكن يأكل منها الصغير ويدخر له قدر حاجته ويبتاع بالباقي ما ينتفع بعينه، كابتياع البالغ بجلد الأُضحية ما ينتفع بعينه.

والذي يُجَنُّ ويفيق يعتبر حاله في الجنون والإِفاقة، فإن كان مجنوناً في أيام النحر فهو على الاختلاف، وَإِنْ كان مفيقاً يجب بلا خلاف.

وقيل أن حكمه حكم الصحيح كيف ما كان، ومن بلغ من الصغار في أيام النحر وهو موسر يجب عليه بإجماع بين أصحابنا، لأَن الأَهلية من الحر في آخر الوقت لا في أوله، كما لا يشترط إِسلامه وحريته وإِقامته في أول الوقت لما بينا.

ولا يجب على الرجل أن يضحي عن عبده ولا عن ولده الكبير فوفي وجوبها عليه من ماله لولده الصغير روايتان، كذا ذكره القدوري (رحمه الله).

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أنها تجب في ظاهر الرواية، ولكن الأَفضل أن يفعل ذلك، وأطلق الطحاوي (رحمه الله) ما يدل على الوجوب، فإِنه قال؛ ويجب على الرجل أَنْ يُضَحِّي عن أولاده الصغار.

وجه رواية الوجوب أن ولد الرجل جزؤه، فإذا وجب عليه أن يضحي عن نفسه؛ فكذا عن ولده، ولهذا وجب عليه أن يؤدي عنه صدقة الفطر؛ ولأَن له على ولده الصغير ولاية كامله، فيجب كصدقة الفطر بخلاف الكبير، فإِنه لا ولاية له عليه.

---

(١) في ط: والحج.

وجه ظاهر الرواية: أَنَّ الأَصْلَ أَلاَّ يجب على الإنسان شيء على غيره، خصوصاً في القربات؛ لقول الله (تعالى): ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] وقوله (جلَّ شأنه): ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ﴾ [البقرة:٢٨٦] ولهذا لم يجب عليه عن عبده وعن ولده الكبير إلا أن صدقة الفطر خصت عن النصوص، فبقيت الأُضحية على عمومها، ولأَن سبب الوجوب هناك رأس يمونه ويلي عليه، وقد وجد في الولد الصغير وليس السبب الرأس ههنا.

ألا ترى أنه يجب بدونهِ؛ وكذا لا يجب بسبب العبد، وأما الوجوب عليه من ماله لولد ولده إذا كان أبوه ميتاً فقد روى الحسن عن أبي حنيفة (رحمه الله) أن يضحي عنه.

قال القدوري (رحمه الله): ويجب أن يكون هذا على روايتين؛ كما قالوا في صدقة الفطر، وقد مر وجه الروايتين في صدقة الفطر؛ وأما المصر فليس بشرط الوجوب، فتجب على المقيمين في الأمصار والقرى والبوادي، لأَن دلائل الوجوب لا توجب الفعل[١] والله أعلم.

فصل [في وقت الوجوب]

وأما وقت الوجوب فأيام النحر، فلا تجب قبل دخول الوقت؛ لأَن الواجبات المؤقتة لا تجب قبل أوقاتها؛ كالصلاة والصوم ونحوهما، وأيام النحر ثلاثة: يومُ الأَضحى؛ وهو اليوم العاشر من ذي الحجة، والحادي عشر، والثاني عشر؛ وذلك بعد طلوع الفجرِ من اليوم الأول إلى غروب الشمسِ من الثاني عشر.

وقال الشافعي (رحمه الله تعالى) أيام النحر أربعةٌ أيام: العاشر من ذي الحجة، والحادي عشر، والثاني عشر، والثالث عشر[٢].

---

(١) في ط: الفصل.

(٢) قال ابن قدامة في المغني الكلام في وقت الذبح في ثلاثة أشياء؛ أوله، وآخره، وعموم وقته أو خصوصه. أما أوله، فظاهر كلام الخرقي أنه إذا مضى من نهار يوم العيد قدر تحل فيه الصلاة، وقدر الصلاة والخطبتين تامتين في أخف ما يكون، فقد دخل وقت الذبح، ولا يعتبر نفس الصلاة، لا فرق في هذا بين أهل المصر وغيرهم. وهذا مذهب الشافعي، وابن المنذر. وظاهر كلام أحمد، أن من شرط جواز التضحية في حق أهل المصر صلاة الإمام وخُطْبَتُه. وروي نحو هذا عن الحسن، والأوزاعي، ومالك، وأبي حنيفة، وإسحاق؛ لما روى جندب بن عبد الله البجلي، أن النبي ﷺ قال: «مَنْ ذَبَحَ قَبْلَ أَنْ يُصَلِّيَ فَلْيُعِدْ مَكَانَهَا أُخْرَى». وعن البراء، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ صَلَّى صَلاتَنَا، وَنَسَكَ نُسُكَنَا، فَقَدْ أَصَابَ النُّسُكَ، وَمَنْ ذَبَحَ قَبْلَ أَنْ يُصَلِّيَ، فَلْيُعِدْ مَكَانَهَا أُخْرَى». متفق عليه. وفي لفظ قال: «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي يَوْمِنَا هٰذَا الصَّلاَةُ، ثُمَّ الذَّبْحُ، فَمَنْ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلاَةِ، فَتِلْكَ شاةُ لَحْمٍ قَدَّمَهَا لأَهْلِهِ، لَيْسَ مِنَ =

....

= النُّسُكِ فِي شَيْءٍ». فظاهر هذا اعتبار نفس الصلاة. وقال عطاء: وقتها إذا طلعت الشمس؛ لأنها عبادة يتعلق آخرها بالوقت، فتعلق أولها بالوقت، كالصيام. وهذا وجه قول الخرقي ومن وافقه. والصحيح، إن شاء الله تعالى، أن وقتها في الموضع الذي يصلى فيه بعد الصلاة؛ لظاهر الخبر، والعمل بظاهره أولى. فأما غير أهل الأمصار والقرى، فأول وقتها في حقهم قدر الصلاة والخطبة بعد حل الصلاة؛ لأنه لا صلاة في حقهم تعتبر، فوجب الاعتبار بقدرها. وقال أبو حنيفة: أول وقتها في حقهم إذا طلع الفجر الثاني؛ لأنه من يوم النحر، فكان وقتها منه كسائر اليوم. ولنا، أنها عبادة وقتها في حق أهل الأمصار بعد إشراق الشمس، فلا تتقدم وقتها في حق غيرهم، كصلاة العيد. وما ذكروه يبطل بأهل المصر، فإن لم يصل الإمام في المصر، لم يجز الذبح حتى تزول الشمس، لأنها حينئذٍ تسقط، فكأنه قد صلى، وسواء ترك الصلاة عمداً أو غير عمد، لعذر أو غيره. فأما الذبح في اليوم الثاني، فيجوز في أول النهار؛ لأن الصلاة فيه غير واجبة، ولأن الوقت قد دخل في اليوم الأول، وهذا من أثنائه، فلا تعتبر فيه صلاة ولا غيرها. وإن صلى الإمام في المصلى، واستخلف من صلى في المسجد، فمتى صلوا في أحد الموضعين جاز الذبح؛ لوجود الصلاة التي يسقط بها الفرض عن سائر الناس. فإن ذبح بعد الصلاة قبل الخطبة، أجزأ، في ظاهر كلام أحمد؛ لأن النبي ﷺ علق المنع على فعل الصلاة، فلا يتعلق بغيره، ولأن الخطبة غير واجبة. وهذا قول الثوري. الثاني، آخر الوقت، وآخره آخر اليوم الثاني من أيام التشريق، فتكون أيام النحر ثلاثة؛ يوم النحر، ويومان بعده. وهذا قول عمر، وعليٍّ، وابن عمر، وابن عباس، وأبي هريرة، وأنس. قال أحمد: أيام النحر ثلاثة، عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ. وفي رواية، قال: خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ. ولم يذكر أنساً. وهو قول مالك، والثوري، وأبي حنيفة. وروي عن علي، آخره آخر أيام التشريق. وهو مذهب الشافعي، وقول عطاء، والحسن؛ لأنه روي عن جبير بن مطعم، أن النبي ﷺ قال: «أَيَّامُ مِنًى كُلُّها مَنْحَرٌ». ولأنها أيام تكبير وإفطار، فكانت محلاً للنحر كالأولين. وقال ابن سيرين: لا تجوز إلا في يوم النحر خاصة؛ لأنها وظيفة عيد، فلا تجوز إلا في يوم واحد، كأداء الفطرة يوم الفطر. وقال سعيد بن جبير، وجابر بن زيد، كقول ابن سيرين في أهل الأمصار، وقولنا في أهل منى. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وعطاء بن يسار: تجوز التضحية إلى هلال المحرم. وقال أبو أمامة بن سهل بن حنيف: كان الرجل من المسلمين يشتري أضحية، فيسمنها حتى يكون آخر ذي الحجة، فيضحي بها. رواه الإمام أحمد، بإسناده. وقال: هذا الحديث عجيب. وقال: أيام الأضحى التي أجمع عليها ثلاثة أيام. ولنا، أن النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث. ولا يجوز الذبح في وقت لا يجوز ادخار الأضحية إليه، ولأن اليوم الرابع لا يجب الرمي فيه، فلم تجز التضحية فيه، كالذي بعده، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولا مخالف لهم إلا رواية عن علي، وقد روى عنه مثل مذهبنا، وحديثهم إنما هو: «ومِنًى كُلُّهَا مَنْحَرٌ». ليس فيه ذكر الأيام، والتكبير أعم من الذبح، وكذلك الإفطار، بدليل أول يوم النحر، ويوم عرفة يوم تكبير، ولا يجوز الذبح فيه. الثالث، في زمن الذبح، وهو النهار دون الليل. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم. وهو قول مالك. وروي عن عطاء ما يدل عليه. وحكي عن أحمد، رواية أخرى، أن الذبح يجوز ليلاً. وهو اختيار أصحابنا المتأخرين، وقول الشافعي، وإسحاق، وأبي حنيفة، وأصحابه؛ لأن الليل زمن يصح فيه الرمي، فأشبه النهار. ووجه قول الخرقي قول الله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ =

والصحيحُ قولنا؛ لما روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي، وابن عباس، وابن سيدنا عمر، وأنس بن مالك (رضي الله عنهم) أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها[١]، والظاهر أنهم سمعوا ذلك من رسول الله ﷺ لأن أوقات العبادات والقربات لا تعرف إلا بالسمع، فإذا طلع الفجر من اليوم الأول فقد دخل وقت الوجوب، فتجب عند استجماع شرائط الوجوب.

ثم لجواز الأداء بعد ذلك شرائط أخر نذكرها في موضعها، إن شاء الله تعالى، فإن وجدت يجوز، وإلا فلا؛ كما لا تجب الصلاة بدخول وقتها، ثم إن وجدت شرائط جواز أدائها جازت، وإلاَّ فلا، والله تعالى أعلم.

فصل [في كيفية الوجوب]

وأما كيفية الوجوب فأنواع: منها أنها تجب في وقتها وجوباً[٢] موسعاً[٣]، ومعناه أنها

بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ﴾. وروي عن النبي ﷺ، أنه نهى عن الذبح بالليل. ولأنه ليل يوم يجوز الذبح فيه، فأشبه ليلة يوم النحر، ولأن الليل تتعذر فيه تفرقة اللحم في الغالب، فلا يفرق طرياً، فيفوت بعض المقصود؛ ولهذا قالوا: يكره الذبح فيه. فعلى هذا، إن ذبح ليلاً لم يجزئه عن الواجب، وإن كانت تطوعاً فذبحها، كانت شاة لحم، ولم تكن أضحية، فإن فرقها، حصلت القربة بتفريقها، دون ذبحها. ينظر: المغني (١٣/ ٣٨٤ ـ ٣٨٧).

(١) ذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (٥/ ٢٢٣) رقم (١٢٦٧٦) وعزاه لابن أبي الدنيا.

(٢) في ط: جواباً.

(٣) الفعل الذي تعلق به الوجوب قد لا يكون له وقت محدد من الشارع بحيث يكون معلوم البداية والنهاية كالزكاة ويسمى واجباً غير مؤقت وقد يكون له وقت محدد أي معلوم البداية والنهاية ويسمى لذلك واجباً مؤقتاً، أي ذا وقت معين، وهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون وقته مساوياً لفعله لا يزيد عليه ولا ينص عنه كصوم رمضان ويسمى واجباً مضيقاً

ثانيها: أن يكون الوقت ناقصاً عن الفعل بحيث لا يمكن إيقاعه بتمامه فيه فإن أريد الإتيان بجميع الفعل في ذلك الوقت الذي لا يسعه كان ذلك من باب التكليف بالمحال، يمنعه من لا يجوز التكليف به، وإن أريد الشروع فيه والتكميل خارجة جاز التكليف به كوجوب الصلاة على من زال عذره وقد بقي من وقتها ما يسع ركعة، كحائض تطهر. وصبي يبلغ ومجنون يفيق ولم يبق من الوقت إلا ما يسع ركعة، والفعل حينئذٍ يكون أداء في اصطلاح الفقهاء قضاء عند الأصوليين بخلاف ما لو زال العذر وقد بقي من الوقت ما لا يسع ركعة فإن الفعل حينئذٍ يكون قضاء عند الجميع.

ثالثها: أن يكون الوقت زائداً على الفعل، ويسمى لذلك بالواجب الموسع.

وللعلماء فيه خمسة مذاهب.

منها مذهبان متفقان على الاعتراف بالواجب الموسع ووجهتهما في ذلك أن الوجوب متعلق بالقدر المشترك بين أجزاء الوقت وأي جزء من هذه الأجزاء صالح لأن يتعلق به الوجوب، كما أنه متعلق بالقدر المشترك بين الأفراد في الواجب المخير وكل فرد صالح لأن يتعلق به الوجوب: فأجزاء الزمان في =

تجب في جملة الوقت غير عين كوجوب الصلاة في وقتها، ففي أي وقت ضحى من عليه الواجب. كان مؤدياً للواجب، سواء كان في أول الوقت أو وسطه أو آخره كالصلاة.

والأصلُ أن ما وجب في جزء من الوقت غير عين يتعين الجزء الذي أدى فيه الوجوب أو آخر الوقت كما في الصلاة، وهو الصحيح من الأقاويل على ما عرف في «أصول / الفقه». ٢٩١/أ

وعلى هذا يخرج ما إذا لم يكن أهلاً للوجوب في أول الوقت، ثم صار أهلاً في آخره؛ بأن كان كافراً أو عبداً أو فقيراً أو مسافر في أول الوقت ثم أسلم، أو أعتق، أو أيسر، أو أقام في آخره ـ أنه يجب عليه، ولو كان أهلاً في أوله ثم لم يبق أهلاً في آخره بان ارتدَّ أو أعسر أو سافر في آخره، لا يجب عليه.

= الواجب الموسع كالأفراد في الواجب المخير، كل منها صالح لأن يتعلق به الوجوب.

وبعد أن اتفقا على الاعتراف بالواجب الموسع اختلفا فيما وراء ذلك على رأيين:

الأول: وهو للجمهور أن الوجوب يقتضي إيقاع الفعل في أي جزء من أجزاء الوقت سواء كان أولاً أو آخراً من غير شرط لعزم، أو تعيين لبعض الأجزاء.

الثاني: وهو لجماعة من المتكلمين منهم القاضي أبو بكر وموافقوه، أن الوجوب يقتضي إيقاع الفعل في أي جزء من أجزاء الوقت، لكن لا يجوز تركه في الجزء السابق إلا بشرط العزم على الفعل في الجزء اللاحق إلى أن يبقى من الوقت ما يسع الصلاة فيتعين فعلها حينئذٍ.

أما الثلاثة الباقية فمتفقة على إنكار الواجب الموسع، ووجهوا ذلك بأن الوجوب يقتضي المنع من الترك، والتوسعة تقتضي جواز الترك، والجمع بينهما محال.

ومع اتفاقهم على ذلك اختلفوا فيما بينهم على ثلاثة آراء:

الأول: أن الوجوب يختص بأول الوقت فإن فعله في آخره كان قضاء مع عدم الإثم فقد نقل القاضي أبو بكر الإجماع على نفي الإثم حيث قالوا أنه قضاء سد مسد الأداء، ونقل الشافعي هذا القول عن المتكلمين، ونسب خطأ لبعض الشافعية لأن هذا القول غير معروف في مذهبهم، وزعم البعض أنه قضاء مع الإثم.

الثاني: وهو معزو لبعض الحنفية أن الوجوب يختص بآخر الوقت، فإن فعل في أوله كان تعجيلاً.

الثالث: وهو رأي الكرخي من الحنفية، أنه يختص بآخر الوقت فإن فعل أوله نظر إن أدرك الفاعل آخر الوقت وهو على صفة التكليف كان ما فعله واجباً وإن لم يكن على صفته بأن جن العاقل. أو حاضت المرأة، أو غير ذلك كان ما فعله نفلاً.

وبضم هذه الآراء الثلاثة للمنكرين للواجب الموسع إلى الرأيين السابقين للمعترفين به يكون مجموع الأقوال فيه خمسة.

ينظر: المحصول (١/ ٢/ ٢٩٠ ـ ٢٩١)، شرح تنقيح الفصول ص (١٥٠ ـ ١٥١)، منتهى السؤل والأصل ص (٣٥ ـ ٣٦)، شرح العضد (١/ ٢٤١)، روضة الناظر (١/ ٩٩)، التحصيل (١/ ٣٠٤ ـ ٣٠٦)، نهاية السول (١/ ١٦٠)، البحر المحيط (١/ ٢٠٨)، الإحكام (١/ ٩٨)، تيسير التحرير (٢/ ١٨٨)، كشف الأسرار (١/ ٢١٨)، أصول السرخسي (١/ ٣١)، فواتح الرحموت (١/ ٧٢).

ولو ضحى في أول الوقت وهو فقير، ثم أيسر في آخر الوقت فعليه أن يعيد الأضحية عندنا، وقال بعض مشايخنا: ليس عليه الإعادة، والصحيحُ هو الأول؛ لأنه لما أيسر في آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب عليه، وتبين أن ما أداه وهو فقير كان تطوعاً، فلا ينوب عن الواجب.

وما روي عن الكرخي (رحمه الله) في الصلاة المؤداة في أول الوقت أنها نفل مانع من الوجوب في آخر الوقت ـ فاسدٌ عُرف فسادُهُ في «أصول الفقه».

ولو كان موسراً في جميع الوقت فلم يضح حتى مضى الوقت ثم صار فقيراً، صار قيمة شاة صالحة للأضحية ديناً في ذمته يتصدق بها متى وجدها؛ لأن الوجوب قد تأكد عليه بآخر الوقت، فلا يسقط بفقره بعد ذلك؛ كالمقيم إذا مضى عليه وقت الصلاة، ولم يصل حتى سافر ـ لا يسقط عنه شطر الصلاة، وكالمرأة إذا مضى عليها وقت الصلاة، وهي طاهرة، ثم حاضت ـ لا يسقط عنها فرض الوقت حتى يجب عليها القضاء إذا طهرت من حيضها. كذا ههنا.

ولو مات الموسر في أيام النحر قبل أن يضحي ـ سقطت عنه الأضحية، وفي الحقيقة ـ لم تجب؛ لما ذكرنا أن الوجوب عند الأداء، أو في آخر الوقت؛ فإذا مات قبل الأداء ـ مات قبل أن تجب عليه؛ كمن مات في وقت الصلاة قبل أن يصليها أنه مات، ولا صلاة عليه. كذا ههنا.

وعلى هذا تخرج رواية الحسن عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الرجل الموسر إذا ولد له ولد في آخر أيام النحر ـ أنه يجب عليه أن يذبح عنه، وهي إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما أنه كما يجب على الإنسان إذا كان موسراً أن يذبح عن نفسه ـ يجب عليه أن يذبح عن ولده الصغير؛ لأنه وُلِدَ وقت تأكد الوجوب؛ بخلاف صدقة الفطر أنه إذا ولد له ولد بعد طلوع الفجر من يوم الفطر ـ أنه لا تجب عليه صدقة فطره؛ لأن الوجوب هناك تعلق بأول اليوم؛ فلا يجب بعد مضي جزء منه. وههنا بخلافه.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة للأضحية، وهو موسر، ثم أنها ماتت، أو سرقت، أو ضلت في أيام النحر ـ أنه يجب عليه أن يضحي بشاة أخرى؛ لأن الوجوب في جملة الوقت، والمشتري لم يتعين للوجوب، والوقت باق، وهو من أهل الوجوب؛ فيجب إلا إذا كان عينها بالنذر؛ بأن قال لله ـ تعالى ـ عليّ أن أضحي بهذه الشاة، وهو موسر، أو معسر؛ فهلكت، أو ضاعت ـ أنه تسقط عنه التضحية بسبب النذر؛ لأن المنذور به معين؛ لإقامة الواجب، فيسقط الواجب؛ بهلاكه؛ كالزكاة تسقط بهلاك النصاب عندنا ـ غير أنه إن كان الناذر موسراً ـ تلزمه شاة أخرى، بإيجاب الشرع ابتداء، لا بالنذر، وإن كان معسراً، فاشترى شاة

الأضحية؛ فهلكت في أيام النحر، أو ضاعت ـ سقطت عنه، وليس عليه شيء آخر؛ لما ذكرنا أن الشراء من الفقير للأضحية بمنزلة النذر؛ فإذا هلكت ـ فقد هلك محل إقامة الواجب؛ فيسقط عنه، وليس عليه شيء آخر بإيجاب الشرع ابتداء، لفقد شرط الوجوب، وهو اليسار.

ولو اشترى الموسر شاة للأضحية؛ فضلت؛ فاشترى شاة أخرى، ليضحي بها، ثم وجد الأولى في الوقت ـ فالأفضل أن يضحي بهما؛ فإن ضحى بالأولى ـ أجزأه، ولا تلزمه التضحية بالأخرى، ولا شيء عليه غير ذلك، سوا كانت قيمة الأولى أكثر من الثانية، أو أقل.

والأصل فيه ما روي عن سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ: «أنها ساقت هدياً؛ فضاع؛ فاشترت مكانه آخر، ثم وجدت الأول؛ فنحرتهما، ثم قالت: الأول كان يجزىء عني» فثبت الجواز بقولها والفضيلة بفعلها ـ رضي الله عنها ـ ولأن الواجب في ذمته ليس إلا التضحية بشاة واحدة، وقد ضحى.

وإن ضحى بالثانية ـ أجزأه، وسقطت عنه الأضحية، وليس عليه أن يضحي بالأولى؛ لأن التضحية بها لم تجب بالشراء، بل كانت الأضحية واجبة في ذمته بمطلق الشاة، فإذا ضحى بالثانية ـ فقد أدى الواجب بها؛ بخلاف المتنقل بالأضحية إذا ضحى بالثانية ـ أنه يلزمه التضحية بالأولى أيضاً؛ لأنه لما اشتراها للأضحية ـ فقد وجب عليه التضحية بالأولى أيضاً بعينها؛ فلا يسقط بالثانية؛ بخلاف الموسر، فإنه لا يجب عليه التضحية بالشاة المشتراة بعينها، وإنما الواجب في ذمته، وقد أداه بالثانية؛ فلا تجب عليه التضحية بالأولى.

وسواء كانت الثانية مثل الأولى في القيمة، أو فوقها، أو دونها ـ لما قلنا غير أنها إن كانت دونها في القيمة / ـ يجب عليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين، لأنه بقيت له هذه الزيادة سالمة من الأضحية؛ فصار كاللبن ونحوه، ولو لم يتصدق بشيء، ولكنه ضحى بالأولى أيضاً، وهو في أيام النحر ـ أجزأه، وسقطت عنه الصدقة؛ لأن الصدقة إنما تجب خَلَفاً عن فوات شيء من شاة الأضحية، فإذا أدى الأصل في وقته ـ وسقط عنه الخلف. ٢٩١/١ ب

وأما على قول أبي يوسف (رحمه الله) فإنه لا تجزيه التضحية إلا بالأولى؛ لأنه يجعل الأضحية كالوقف، ولو لم يذبح الثانية حتى مضت أيام النحر ثم وجد الأَولى، ذكر الحسن بن زياد في الأضاحي أن عليه أن يتصدق بأفضلهما ولا يذبح، وذكر فيها أنه قول زفر وأبي يوسف والحسن بن زياد (رحمهم الله)؛ لأنه لم يجب عليه في آخر الوقت إلا التضحية بشاة، فإذا خرج الوقت تحول الواجب من الإراقة إلى التصدق بالعين.

ولو اشترى شاة للأضحية وهو معسر، أو كان موسراً، فانتقص نصابه بشراء الشاة ثم ضلت، فلا شيء عليه، ولا يجب عليه شيء آخر؛ أما الموسر فلفوات شرط الوجوب وقت الوجوب، وأما المعسر فلهلاك محل إقامة الواجب، فلا يلزمه شيء آخر.

ومنها: أن لا يقوم غيرها مقامها حتى لو تصدق بعين الشاة أو قيمتها في الوقت، لا يجزيه عن الأضحية؛ لأن الوجوب تعلق بالإراقة، والأصل أن الوجوب إذا تعلق بفعل معين أنه لا يقوم غيره مقامه؛ كما في الصلاة والصوم وغيرهما؛ بخلاف الزكاة، فإن الواجب أداء جزء من النصاب.

ولو أدى من مال آخر جاز؛ لأن الواجب هناك ليس جزءاً من النصاب عند أصحابنا، بل الواجب مطلق المال، وقد أدى وعند بعضهم، وإن كان الواجب أداء جزء من النصاب لكن من حيث أنه مال لا من حيث أنه جزء من النصاب؛ لأنَّ مبني وجوب الزكاة على التيسير، والتيسير في الوجوب من حيث أنه مال، لا من حيث أنه العين والصورة، وههنا الواجب في الوقت [هو][1] إراقة الدم شرعاً غير معقول المعنى، فيقتصر الوجوب على مورد الشرع؛ وبخلاف صدقة الفطر أنها تتأدى بالقيمة عندنا، لأن الواجب هناك معلولٌ بمعنى الإغناء، قال النبيُّ ﷺ «أَغْنُوهُمْ عَنِ المسألة فِي مِثْلِ هٰذَا الْيَوْمِ»[2] والإغناء يحصل بأداء القيمة، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

ومنها: أنه تجزىء فيها النيابة فيجوز للإنسان أن يضحي بنفسه، وبغيره بإذنه؛ لأنها قربة تتعلق بالمال، فتجزىء فيها النيابة كأداء الزكاة وصدقة الفطر؛ ولأن كل أحد لا يقدر على مباشرة الذبح بنفسه خصوصاً النساء، فلو لم تجز الاستنابة لأدى إلى الحرج، وسواء كان المأذون مسلماً أو كتابيًا، حتى لو أمر مسلم كتابيًا أن يذبح أضحيته يجزيه؛ لأن الكتابي من أهل الذكاة، إلا أنه يكره؛ لأن التضحية قربةٌ، والكافر ليس من أهل القربة لنفسه، فتركه إنابته في إقامة القربة لغيره.

وسواءٌ كان الإذنُ نَصًا أو دلالةً، حتى لو اشترى شاة للأضحية فجاء يوم النحر فأضجعها وشد قوائمها فجاء إنسان وذبحها من غير أمره، أجزأه استحساناً، والقياس أنه لا يجوز، وأن يضمن الذابح قيمتها، وهو قول زفر (رحمه الله)، وقال الشافعي: يجزيه عن الأُضحية ويضمن الذابح.

أما الكلام مع زفر فوجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره، فلا يجزي عن صاحبها، ويضمن الذابح كما لو غصب شاة وذبحها، وهو وجه الشافعي في وجوب الضمان على الذابح.

وجه الاستحسان: أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك، فإذا ذبحها غيره فقد حصل

---

(١) سقط من ط.

(٢) تقدم في زكاة الفطر.

غرضه وأسقط عنه مؤنة الذبح، فالظاهر أنه رضي بذلك، فكان مأذوناً[١] فيه دلالةً، فلا يضمن، ويجزيه عن الأضحية؛ كما لو أذن له بذلك نصًا، وبه تبين وهي قول الشافعي (رحمه الله) أنه يجزيه عن الأضحية ويضمن الذابح، لأن كون الذبح مأذوناً فيه يمنع وجوب الضمان؛ كما لو نص على الإذن، وكما لو باعها بإذن صاحبها، ولو لم يرض به وأراد الضمان يقع عن المضحي، وليس للوكيل أن يضحي ما وكل بشرائه بغير أمر موكله، ذكره أبو يوسف (رحمه الله) في «الإملاء»، فإن ضحى جاز استحساناً؛ لأنه أعانه على ذلك فوجد الإذن منه دلالة إلا أن يختار أن يضمنه فلا يجزي عنه.

وعلى هذا إذا غَلَطَ رجلان فذبح كل واحد منها أضحية صاحبه عن نفسه، أنه يجزي كل واحد منهما أضحيته عنه استحساناً، ويأخذها من الذابح لما بينا أَنَّ كل واحد منهما يكون راضياً بفعل صاحبه، فيكون مأذوناً فيه دلالة، فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغواً، حتى لو تشاحًا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الأضحية له وجازت عنه؛ لأَنه ملكه بالضمان على ما نذكره في الشاة المغصوبة، إن شاء الله (تعالى).

١/٢٩٢ أ وذكر هشام عن أبي يوسف (رحمهما الله) / في نوادره في رجلين اشتريا أضحيتين فذبح كل منهما أضحية صاحبه غلطاً عن نفسه وأكلها ـ قال يجزي كل واحد منهما في قول أبي حنيفة (رحمه الله).

وقولنا: ويحلل كل واحد منهما صاحبه، فإن تشاحًا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته، فإن كان قد انقضت أيام النحر يتصدق بتلك القيمة، أما جواز إحلالهما؛ فلأنه يجوز لكل واحد منهما أن يطعمها لصاحبه ابتداءً قبل الأَكل، فيجوز أن يحلله بعد الأَكل، وله أن يضمنه لأَن مَنْ أتلف لحم الأُضحية يضمن ويتصدق بالقيمة، لأن القيمة تدل عن اللحم، فصار كما لو باعه.

قال: وسألتُ أبا يوسف (رحمه الله) عن البقرة إذا ذبحها سبعة في الأضحية، أيقتسمون لحمها جزافاً أو وزناً؟ قال: بل وزناً، قال[٢]: قلت: فإن اقتسموها مجازفةً، وحلل بعضهم بعضاً؟ قال: أَكْرَهُ ذلك قال: قلتُ: فما تقول في رجلٍ باع درهماً بدرهم فرجح أحدهما فحلل صاحبه الرجحان؟ قال: هذا جائزٌ؛ لأنه لا يقسم معناه أنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، وهو الدرهم الصحيح.

أما عدم جواز القسمة مجازفة فلأن فيها معنى التمليك، واللحم من الأموال الربوية، فلا يجوز تمليكه مجازفة كسائر الأَموال الربوية.

---

(١) في ط: مؤذناً.
(٢) في أ: فإن.

وأما عدم جواز التحليل فلأن الربوي لا يحتمل الحل بالتحليل، ولأنه في معنى الهبة، وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح؛ بخلاف ما إذا رجح الوزن.

ومنها: أنها تقضي إذا فاتت عن وقتها، والكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان أنها مضمونة بالقضاء في الجملة.

والثاني: في بيان ما تقتضي به.

أما الأول: فلأن وجوبها في الوقت إما لحق العبودية، أو لحق شكر النعمة أو لتكفير الخطايا، لأن العبادات والقربات إنما تجب لهذه المعاني، وهذا لا يوجب الاختصاص بوقت دون وقت، فكان الأصل فيها أن تكون واجبة في جميع الأوقات وعلى الدوام بالقدر الممكن، إلا أن الأداء في السنة مرة واحدة في وقت مخصوص أقيم مقام الأداء في جميع السنة، تيسيراً على العباد، فضلاً من الله (عزَّ وجلَّ) ورحمة، كما أقيم صوم شهر في السنة مقام [صوم][1] جميع السنة، وأقيم خمس صلوات في اليوم والليلة[2] مقام الصلاة آناء الليل وأطراف النهار، فإذا لم يؤد في الوقت بقي الوجوب في غيره؛ لقيام المعنى الذي له وجبت في الوقت.

وَأَمَّا الثاني: فنقول أنها لا تقضي بالإراقة؛ لأن الإراقة لا تعقل قربة، وإنما جعلت قربة بالشرع في وقت مخصوص، فاقتصر كونها قربة على الوقت المخصوص، فلا تقضي بعد خروج الوقت، ثم قضاؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية، وقد يكون بالتصدق بقيمة الشاة، فإنْ كَانَ أوجب التضحية على نفسه بشاة بعينها فلم يضحها حتى مضت أيام النحر، بتصدق بعينها حية؛ لأن الأصل في الأموال التقرب بالتصدق بها، لا بالإتلاف، وهوْ الإراقة إلا أنه نقل إلى الإراقة مقيداً في وقت مخصوص، حتى يحل تناول لحمه للمالك والأجنبي والغني والفقير، لكون الناس أضياف الله (عزَّ شأنه) في هذا الوقت، فإذا مضى الوقت عاد الحكم إلى الأصل، وهو التصدق بعين الشاة، سواء كان موسراً أو معسراً، لما قلنا.

وكذلك المعسر إذا اشترى شاة ليضحي بها، فلم يضح حتى مضى الوقت، لأن الشراء للأضحية من الفقير كالنذر بالتضحية، وأما الموسر إذا اشترى شاة للأضحية؛ فكذلك الجواب.

ومن المشايخ من قال: هذا الجواب في المعسر؛ لأَن الشاة المشتراة للأضحية من المعسر تتعين للأضحية، فأما من الموسر فلا تتعين بدليل أنه يجوز له التضحية بشاة أخرى في الوقت مع بقاء الأولى، وتسقط عنه الأضحية، والصحيح أنها تتعين من الموسر أيضاً بلا

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: يوم وليلة.

خلاف بين أصحابنا، فإن محمداً (رحمه الله) ذكر عَقِيبَ جواب المسألة؛ وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) وقولُنا.

ووجهه أن نية التعيين قارنت الفعل وهو الشراء، فأوجبت تعيين المشتري للأضحية إلاَّ أن تعيينه للأُضحية لا يمنع جواز التضحية بغيرها، كتعيين النصاب لأداء الزكاة منه لا يمنع جواز الأداء بغيره وتسقط عنه الزكاة، وهذا لأن المتعين [ما][1] لا يزاحمه غيره، فإذا ضحى بغيره أو أدى الزكاة من غير النصاب لم يبق الأَول متعيناً، فكانت الشاة متعينة للتضحية ما لم يضح بغيرها كالزكاة، وإن كان لم يوجب على نفسه ولا اشترى وهو موسر حتى مضت أيام النحر، تصدق بقيمة شاة تجوز في الأُضحية، لأَنه إذا لم يوجب ولم يشتر لم يتعين شيء للأُضحية، وإنما الواجب عليه إراقة دم شاة، فإذا مضى الوقت قبل أن يذبح ولا سبيل إلى التقرب بالإراقة بعد خروج الوقت لما قلنا، انتقل الواجب من الإراقة والعين أيضاً، لعدم التعيين إلى / القيمة وهو قيمة شاة يجوز ذبحها في[2] الأضحية. ٢٩٢/١ ب

ولو صار فقيراً بعد مضي أيام النحر لا يسقط عنه التصدق بعين الشاة، أو بقيمتها؛ لأنه إذا مضى الوقت صار ذلك دَيْناً في ذمته، فلا يسقط عنه لفقره بعد ذلك، ولو وَجَبَ عليه التصدق بعين الشاة فلم يتصدق [بها][3] ولكن ذبحها، يتصدق ويجزيه ذلك. إن لم ينقصها الذبح، وَإِن نقصها يتصدق باللحم وقيمة النقصان ولا يحل له أن يأكل منها وإن أكل منها شيئاً غرم قيمته ويتصدق بها؛ لما يذكر في موضعه.

وكذلك لو أوجب على نفسه أن يتصدق بها، لا يأكل منها إذا ذبحها بعد وقتها أو في وقتها، فهو سواءٌ.

ومن وجبت عليه الأُضحية فلم يضح حتى مضت أيام النحر، ثم حضرته الوفاة، فعليه أن يوصي بأن يتصدق عنه بقيمة شاة من ثلث ماله؛ لأنه لما مضى الوقت فقد وجب عليه التصدق بقيمة شاة، فيحتاج إلى تخليص نفسه عن عهدة الواجب، والوصية طريق التخليص، فيجب عليه أن يوصي كما في الزكاة والحج وغير ذلك.

ولو أوصى بأن يضحي عنه ولم يسم شاة ولا بقرة ولا غير ذلك، ولم يبين الثمن أيضاً، جاز ويقع على الشاة، بخلاف ما إذا وَكَّلَ رجلاً أن يضحي عنه ولم يسم شيئاً ولا ثمناً، أنه لا يجوز.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: عن.

(٣) سقط من ط.

والفرق أن الوصية تحتمل من الجهالة شيئاً لا تحتمله الوكالة، فإن الوصية بالمجهول وللمجهول تصحُ، ولا تصح الوكالة.

ولو أوصى بأن يشتري له شاة بعشرين درهماً، فيضحي عنه إن مات، فمات وثلثه أقل من ذلك، فإنه يضحي عنه بما يبلغ الثلث على قياس الحج إذا أوصى بأن يحج عنه بمائة وثلثهُ أقلُّ من مائه، فإنه يحج بمائة، بخلاف العتقِ إذا أوصى بأن يعتق عنه عبد بمائة وثلثهُ أقَلُّ أن عند أبي حنيفه (رحمه الله) تبطل الوصية، وعندهما يعتق عنه بما بقي؛ لأنه أوصى بمال مقدر فيما هو قربة، فتنفذ الوصية فيما أمكن كما في الحج.

ووجه الفرق لأبي حنيفة (رحمه الله): أنَّ مَصْرِفَ الوصية في العتق هو العبد؛ فكأنه أوصى بعبد موصوف بصفة، وهو أن يكون ثمنه مائة، فإذا اشترى بأقل كان هذا غير ما أوصى به، فلا يجوز بخلاف الحج والأضحية، فإن المصرف ثمة هو الله (عزَّ شأنه)، فسواء كان قيمة الشاة أقل أو مثل ما أوصى به، يكون المصرف واحداً، والمقصود بالكل واحد، وهو القربة؛ وذلك حاصلٌ، فيجوز.

ومنها: أن وجوبها نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجبية والعتيرة، كذا حكى أبو بكر الكيساني عن محمد (رحمه الله) أنه قال: قد كانت في الجاهلية ذبائح يذبحونها.

ومنها: العقيقة كانت في الجاهلية، ثم فعلها المسلمون في أول الإسلام، فنسخها ذبح الأضحية، فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل[1].

---

(١) العقيقة: الذبيحة التي تذبح عن المولود، وقيل: هي الطعام الذي يصنع ويدعى إليه من أجل المولود.
قال أبو عبيد: الأصل في العقيقة الشعر الذي على المولود، وجمعها عقائق، ومنها قول الشاعر:
أيـا هـنـد لا تـنـكـحـي بـوهـة   عـلـيـه عـقـيـقـتـه أحـسـبـا
ثم إن العرب سمت الذبيحة عند حلق شعره عقيقة، على عادتهم في تسمية الشيء باسم سببه أو ما جاوره، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية، وصارت الحقيقة مغمورة فيه، فلا يفهم من العقيقة عند الإطلاق إلا الذبيحة. وقال ابن عبد البر: أنكر أحمد هذا التفسير، وقال: إنما العقيقة الذبح نفسه. ووجهه أن أصل العق القطع، ومنه عق والديه، إذا قطعهما. والذبح قطع الحلقوم والمريء والودجين. والعقيقة سنة في قول عامة أهل العلم؛ منهم ابن عباس، وابن عمر، وعائشة، وفقهاء التابعين، وأئمة الأمصار، إلا أصحاب الرأي، قالوا: ليست سنة، وهي من أمر الجاهلية. وروي عن النبي ﷺ، أنه سئل عن العقيقة، فقال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لاَ يُحِبُّ الْعُقُوقَ». فكأنه كره الاسم، وقال: «مَنْ وُلِدَ لَهُ مَوْلُودٌ، فَأَحَبَّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْهُ، فَلْيَفْعَلْ». رواه مالك في «موطئه». وقال الحسن، وداود: هي واجبة. وروي عن بريدة، أن الناس يعرضون عليها، كما يعرضون على الصلوات الخمس؛ لما روى سمرة بن جندب، أن النبي ﷺ قال: «كُلُّ غُلاَمٍ رَهِينَةٌ بِعَقِيقَتِهِ، تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ، وَيُسَمَّى فِيهِ، وَتُحْلَقُ رَأْسُه». وعن أبي هريرة مثله. قال أحمد: إسناد جيد، وروى حديث سمرة الأثرم، وأبو داود. وعن عائشة، أن =

ومنها: شاة كانوا يذبحونها في رجب تدعى الرجبية، كان أهل البيت يذبحون الشاة فيأكلون ويطبخون ويطعمون، فنسخها ذبح الأضحية.

ومنها: العتيرة كان الرجلُ إذا ولدتْ له الناقة أو الشاة ذبح أَوَّلَ وَلَدٍ تلده فأكل وأطعم.

قال محمد (رحمه الله): هذا كله كان يفعل في الجاهلية فنسخه ذبح الأضحية.

وقيل في تفسر العتيرة: كان الرجل من العرب إذا نذر نذراً أنه إذا كان كذا أو بلغ شاة كذا، فعليه أن يذبح من كل عشر منها كذا في رجب، والعقيقة الذبيحة التي تذبح عز المولود يوم أسبوعه، وإنما عرفنا انتساخ هذه الدماء بما روي عن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت: نسخ صومُ رمضان كلَّ صوم كان قبله، ونسختِ الأضحيةُ كلَّ ذبح كان قبلها، ونَسَخَ غسلُ الجنابة كلَّ غسل كان قبله[١].

والظاهر أنها قالت ذلك سماعاً من رسولِ الله ﷺ لأَن انتساخ الحكم مما لا يدرك بالاجتهاد، ومنهم مَنْ روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ، وَنَسَخَتِ الزَّكَاةُ كُلَّ صَدَقَةٍ كَانَتْ قَبْلَهَا، وكذا قال أهل التأويل في قوله (عزَّ شأنه): ﴿أَأَشْفَقْتُمْ أَنْ تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَاتٍ فَإِذْ لَمْ تَفْعَلُوا وَتَابَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [المجادلة: ١٣] إنَّ ما أمروا به من تقديم [الصدقة][٢] على النجوى مع رسولِ الله ﷺ نسخ بقوله (جلَّ شأنه) ﴿وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾.

وذكر محمد (رحمه الله) في العقيقة: فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل، وهذا يشير إلى الإباحة، فيمنع كونه سنة.

= رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام بشاتين مكافئتين، وعن الجارية بشاة. وظاهر الأمر الوجوب. ولنا، على استحبابها هذه الأحاديث، وعن أم كرز الكعبية، قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «عَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ مُكافِئَتَانِ، وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ». وفي لفظ: «عَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ مِثْلَانِ، وعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ». رواه أبو داود، وفي رواية قال: «الْعَقِيقَةُ عَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ». والإجماعُ، قال أبو الزِّناد: العَقِيقَةُ من أمرِ الناسِ، كانُوا يكرهُون تَرْكَه. وقال أحمدُ: العَقِيقَةُ سُنَّةٌ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ، قد عَقَّ عن الحسنِ والحسينِ، وفَعَلَهُ أصحابُه، وقال النَّبِيُّ ﷺ: «الْغُلَامُ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ». وهو إسْنَادٌ جَيِّدٌ، يَرْوِيهِ أبو هُرَيْرَةَ عن النَّبِيِّ ﷺ. وجَعَلَها أبو حنيفةَ من أمرِ الجاهِلِيَّةِ، وذلك لِقِلَّةِ عِلْمِهِ وَمَعرِفَتِه بالأَخبارِ وأَمَّا بَيانُ كونها غيرَ واجِبَةٍ، فدَلِيلُه ما احْتَجَّ بِهِ أصحابُ الرَّأْيِ مِنَ الْخَبَرِ، وَما رَوَوْهُ محمولٌ على تأكيدِ الاسْتِحْبابِ، جَمْعاً بينَ الأَخْبَارِ، ولأنَّها ذَبِيحَةٌ لسُرورٍ حادِثٍ، فلم تَكُنْ وَاجِبَةً، كالوَلِيمَةِ والنَّقِيعَةِ. ينظر: المغني (١٣/ ٣٩٣ ـ ٣٩٥).

(١) تقدم في كتاب الزكاة.

(٢) سقط من ط.

وذكر في «الجامع الصغير»: ولا يعقُّ عن الغلام ولا عن الجارية، وأنه إشارة إلى الكراهة؛ لأن العقيقة كانت فضلاً، ومتى نُسخ الفضلُ لا يبقى إلا الكراهة؛ بخلاف الصوم والصدقة؛ فإنهما كانا من الفرائض لا من الفضائل، فإذا نُسخت منها الفرضية يجوزُ التنقل بهما، وقال الشافعي (رحمه الله): العقيقةُ سُنَّةٌ، عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاةٌ.

واحتج بما روي أنَّ رسول الله ﷺ / عَقَّ عن الحسن والحسين (رضي الله عنهما) كبشاً كبشاً[1]. ١/٢٩٣ أ

---

(١) للحديث طرق عن عكرمة عن ابن عباس:
الطريق الأول:
أخرجه أبو داود (٣/ ٢٦١ ـ ٢٦٢) كتاب الأضاحي، باب في العقيقة حديث (٢٨٤١) وابن الجارود رقم (٩١١، ٩١٢) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٤٥٧) وأبو نعيم في أخبار أصبهان (٢/ ١٥١) وعبد الرزاق (٤/ ٣٣٠) رقم (٧٨٦٢) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٠/ ١٥١) من طريق أيوب عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً.
الطريق الثاني:
أخرجه النسائي (٧/ ١٦٥ ـ ١٦٦) وابن طهمان في «مشيخته» (ص ـ ١٠٩) رقم (٥٣) من طريق قتادة عن عكرمة عن ابن عباس قال: عق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين بكبشين كبشين.
الطريق الثالث:
أخرجه أبو نعيم في «الحلية» (٧/ ١١٦) من طريق يعلى بن عبيد عن أيوب عن سفيان عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً.
قال أبو نعيم: تفرد بروايته موصولاً عن الثوري يعلى عن أيوب.
وللطريق الثاني شواهد عن عبد الله بن عمرو وأنس وعائشة.
حديث عبد الله بن عمرو:
أخرجه الحاكم (٤/ ٢٣٧) من طريق سوار أبي حمزة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين عن كل واحد منهما كبشين اثنين مثلين متكافئين.
وسكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبي بقوله: قلت: سوار ضعيف.
حديث أنس:
أخرجه أبو يعلى (٥/ ٣٢٣ ـ ٣٢٤) رقم (٢٩٤٥) وفي معجم شيوخه (ص ـ ١٩٩) رقم (١٥٢) والبزار (٢/ ٧٣ ـ كشف) رقم (١٢٣٥) وابن حبان (١٠٦١ ـ موارد) وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٥٥٠) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٤٥٦) والبيهقي (٩/ ٢٩٩) من طريق جرير بن حازم عن قتادة عن أنس. قال: عق رسول الله ﷺ عن حسن وحسين بكبشين وصححه ابن حبان.
وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٦٠): رواه أبو يعلى والبزار باختصار ورجاله ثقات.
وقال في موضع آخر (٤/ ٦١): رواه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح.
حديث عائشة:
أخرجه أبو يعلى (٨/ ١٧ ـ ١٨) رقم (٤٥٢١) والبزار (٢/ ٧٥) رقم (١٢٣٩) وابن حبان (١٠٥٦، ١٠٥٧ ـ موارد) والبيهقي (٩/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤) من طريق يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت: عق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين شاتين شاتين يوم السابع. . . .». صححه ابن حبان.

وإنا نقول أنها كانت ثم نسخت بدم الأضحية بحديث سيدتنا عائشة (رضي الله عنها)، وكذا روي عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه قال: نُسَخَتِ الأضحية كُلَّ دم كان قبلها[1]، والعقيقةُ كانت قبلها كالعتيرة؛ وروي أن رسول الله ﷺ سُئِلَ عن العقيقة، فقال: «إِنَّ اللَّهَ (تَعَالَى) لاَ يُحِبُّ العُقُوقَ مَنْ شَاءَ فَلْيَعُقَّ عَنِ الغُلاَمِ شَاتَيْنِ وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةً»[2] وهذا ينفي كون العقيقة سنة، لأنه (عليه الصلاة والسلام) علق العقَ بالمشيئة، وهذا أمارة الإباحة، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

فصل في محل إقامة الواجب

وأما محل إقامة الواجب فهذا الفصل يشتمل على بيانِ جنس المحل الذي يقام منه الواجب، ونوعه، وجنسه، وسنه، وقدره، وصفته.

أما جنسه فهو أن يكون من الأجناس الثلاثة: الغنم، أو الإبل، أو البقر، ويدخل في كل جنس نوعه والذكر والأنثى منه، والخصي والفحل، لإنطلاق اسم الجنس على ذلك، والمعز نوعٌ من الغنم، والجاموس نوعٌ من البقر، بدليل أنه يضم ذلك إلى الغنم والبقر في «باب الزكاة».

ولا يجوز في الأضاحي شيءٌ من الوحش؛ لأن وجوبها عرف بالشرع، والشرعُ لم يرد بالإيجاب إلاَّ في المستأنس، فإن كان متولداً من الوحشي والأنسي، فالعبرة بالأمِّ، فإن كانت أهلية يجوز وَإلاَّ فلا، حتى أن البقرة الأهلية إذا نزا عليها ثورٌ وحشي فولدت ولداً، فإنه يجوز أن يضحي به.

---

(١) ذكره الهندي في «كنز العمال» (٥/ ٨٦٠) رقم (١٤٥٦٤) وعزاه إلى عبد الرزاق وابن المنذر عن علي من قوله.

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢، ١٩٤) وأبو داود (٣/ ٢٦٢) كتاب الأضاحي، باب في العقيقة، حديث (٢٨٤٢) والنسائي (٧/ ١٦٢ ـ ١٦٣) كتاب العقيقة، والطحاوي في مشكل الآثار (١/ ٤٦١ ـ ٤٦٢) والحاكم (٤/ ٢٣٨) كتاب الذبائح، باب عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة، والبيهقي (٩/ ٣٠٠) كتاب الضحايا، باب ما يستدل به على أن العقيقة على الاختيار من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سئل رسول الله ﷺ عن العقيقة فقال: «لا أحب العقوق» وكأنه كره الاسم، فقالوا: يا رسول الله إنما سألك عن أحدنا يولد له. فقال: «من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل عن الغلام شاتان مكافأتان وعن الجارية شاة». وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وأخرجه مالك (٢/ ٥٠٠) كتاب العقيقة، باب ما جاء في العقيقة حديث (١) وأحمد (٥/ ٣٦٩) والطحاوي في المشكل (١/ ٤٦٢) وعبد الرزاق (٤/ ٣٣٠) رقم (٧٩٦١) والبيهقي (٩/ ٣٠٠) من حديث زيد بن أسلم عن رجل من بني ضمرة عن أبيه قال: سئل رسول الله ﷺ عن العقيقة. فقال: لا أحب العقوق ومن ولد له ولد فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل». وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٦٠) وقال: رواه أحمد وفيه: حل لم يسم وبقية رجاله رجال الصحيح.

وإن كانت البقرة وحشية والثور أهليًا، لم يجز؛ لأن الأصلَ في الولد الأمُّ؛ لأنه ينفصل عن الأم وهو حيوان متقوم تتعلق به الأحكام، وليس ينفصل من الأب إلاَّ ماء مهين لا حظر له، ولا يتعلق به حكم، ولهذا يتبع الولد الأمَّ في الرق والحرية، إلا أنه يضاف إلى الأب في بني آدم؛ تشريفاً للولد وصيانةً له عن الضياع، وإلاَّ فالأصل أن يكون مضافاً إلى الأم.

وقيل إذا نزا ظبي على شاة أهلية، فإن ولدت شاة تجوز التضحية بها، وإن ولدت ظبياً لا تجوز، وقيل إن ولدت الرمكة من حمار وحشي حماراً، لا يؤكل، وإن ولدت فرساً فحكمه حكم الفرس، وإن ضحى بظبية وحشية ألفت أو ببقرة وحشية ألفت، لم يجز؛ لأنها وحشية في الأصل، والجوهر، فلا يبطل حكم الأصل بعارض نادر، والله (عزَّ شأنه) الموفق[1].

وأما سنه فلا يجوز شيء مما ذكرنا من الإبل والبقر والغنم من الأضحية إلا الثني من كل جنس إلا الجذع من الضأن خاصَّة إذا كان عظيماً[2]، لما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ، أنه قال:

---

(١) وأفضل الأضاحي البدنة، ثم البقرة، ثم الشاة، ثم شرك في بدنة، ثم شرك في بقرة. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعية. وقال مالك: الأفضل الجذع من الضأن، ثم البقرة، ثم البدنة؛ لأن النبي ﷺ ضحى بكبشين، ولا يفعل إلا الأفضل، ولو علم الله خيراً منه لفدى به إسحاق. ولنا، قول النبي ﷺ في الجمعة: «مَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الأُولَى، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَدَنَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَقَرَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الثَّالِثَةِ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ كَبْشاً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الرَّابِعَةِ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ دَجَاجَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَيْضَةً». ولأنه ذبح يتقرب به إلى الله تعالى، فكانت البدنة فيه أفضل، كالهدي فإنه قد سلمه، ولأنها أكثر ثمناً ولحماً وأنفع، فأما التضحية بالكبش؛ فلأنه أفضل أجناس الغنم، وكذلك حصول الفداء به أفضل، والشاة أفضل من شرك في بدنة؛ لأن إراقة الدم مقصودة في الأضحية، والمنفرد يتقرب بإراقته كله. والكبش أفضل الغنم؛ لأنه أضحية النبي ﷺ، وهو أطيب لحماً. وذكر القاضي، أن جذع الضأن أفضل من ثني المعز؛ لذلك، ولأنه يروى عن النبي ﷺ، أنه قال: «نِعْمَ الأُضْحِيَةُ الْجِذَعُ مِنَ الضَّأْنِ». وهو حديث غريب. ويحتمل أن الثني أفضل؛ لأن النبي ﷺ قال: «لاَ تَذْبَحُوا إِلاَّ مُسِنَّةً، فَإِنْ عَسُرَ عَلَيْكُمْ، فَاذْبَحُوا الْجَذَعَ مِنَ الضَّأْنِ». رواه مسلم، وأبو داود، وهذا يدل على فضل الثني على الجذع؛ لكونه جعل الثني أصلاً والجذع بدلاً، لا ينتقل إليه إلا عند عدم الثني. ينظر: المغني (١٣/٣٦٦ - ٣٦٧).

(٢) ولا يجزي إلا الجذع من الضأن والثني من غيره. وبهذا قال مالك، والليث، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال ابن عمر، والزهري: لا يجزىء الجذع؛ لأنه لا يجزىء من غير الضأن، فلا يجزىء منه كالحمل، وعن عطاء، والأوزاعي، يجزىء الجذع من جميع الأجناس؛ لما روى مجاشع، من سليم، قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «إِنَّ الْجَذَعَ يُوفِي مِمَّا يُوفِي مِنْهُ الثَّنِيُّ». رواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه. ولأنه يجزىء من بعض الأجناس، فأجزأ من جميعها، كالثني. ولنا، على أن الجذع من الضأن يجزىء، حديث مجاشع وأبي هريرة وغيرهما، وعلى أن الجَذَعَةَ من غيرها لا تجزىء، قول النبي ﷺ: «لاَ تَذْبَحُوا إِلاَّ مُسِنَّةً، فَإِنْ عَسُرَ عَلَيْكُمْ، فَاذْبَحُوا الْجَذَعَ مِنَ الضَّأْنِ». وقال أبو بردة بن نيار: عندي جذعة من المعز، أحب إلي من شاتين، فهل تجزىء عني؟ قال: «نَعَمْ، وَلاَ تُجْزِىءُ عَنْ أَحَدٍ بَعْدَكَ». متفق عليه. وحديثهم محمول على الجذع من الضأن؛ لما ذكرنا. قال إبراهيم الحربي: إنما يجزىء الجذع من الضأن؛ لأنه ينزو فَيُلَقِّح، فإذا كان من المعز لم يلقح حتى يكون ثنياً. ينظر: المغني (١٣/٣٦٧ - ٣٦٨). =

«ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إِلاَّ أَنْ يعز عَلَىٰ أَحَدِكُمْ فَيَذْبَحُ الجَذْعَ فِي الضَّأْنِ»[١].

وروي عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «يُجْزِي الجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ عَمَّا يُجْزِي فِيه الثَّنيُّ مِنَ المَعْزِ»[٢] وروي أنَّ رسولَ الله ﷺ خرج إلى المصلى فشم قناراً، فقال: «مَا هَذَا؟ فقالوا: أضحيةُ أبي بردة، فقال (عليه الصلاة والسلام): تِلْكَ شَاةُ لَحم»، فجاء أبو بردة فقال: يا رسول الله، عندي عناق خير من شاتي لحم، فقال (عليه الصلاة والسلام): «تُجْزِي عَنْكَ وَلاَ تجْزِي عَنْ أَحَدٍ بَعْدَكَ»[٣].

وروي عن البراء بن عازب (رضي الله عنهما) أنه قال: خطب رسولُ الله ﷺ يوم عيدٍ فقال: «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِكُمْ هَذَا[٤] الصَّلاَةُ، ثُمَّ الذَّبْحُ»، فقام إليه خالي أبو بردة بن نيار، فقال: يا رسول الله، كان يومنا نشتهي فيه اللحم فعجلنا فذبحنا، فقال رسولُ الله ﷺ: «فَأَبْدِلْهَا»، فقال: يا رسولَ اللَّهِ، عندي ماعزٌ جذعٌ، فقال: «هِيَ لَكَ وَلَيْسَتْ لأَحَدٍ بَعْدَكَ»[٥].

وروي أن رجلاً قدم المدينة بغنم جذاع، فلم تنفق معه، فذكر ذلك لأبي هريرة (رضي الله عنه) فقال: سمعتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ: «نِعْمَتِ الأُضْحِيَةُ الجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ»[٦]

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٥٥) كتاب الأضاحي، باب سن الأضحية حديث (١٣/ ١٩٦٣) وأحمد (٣/ ٣١٢) وأبو داود (٣/ ٢) كتاب الضحايا، باب ما يجوز من السن في الضحايا، حديث (٢٧٩٧) والنسائي (٧/ ٢١٨) كتاب الضحايا، باب المسنة والجذعة، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٩) كتاب الأضاحي، باب ما تجزىء من الأضاحي حديث (٣١٤١)، وابن الجارود في المنتقى ص (٣٠٣) باب ما جاء في الضحايا، حديث (٩٠٤)، وابن خزيمة (٤/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥) رقم (٢٩١٨) وأبو يعلى (٤/ ٢١٠) رقم (٢٣٢٤) والبيهقي (٩/ ٢٦٩) كتاب الضحايا: باب لا يجزىء الجذع إلا من الضأن من طريق أبي الزبير عن جابر.
وللحديث شاهد من حديث عقبة بن عامر:
أخرجه النسائي (٧/ ٢١٩) كتاب الضحايا، باب المسنة والجذعة وابن الجارود (٩٠٥) والبيهقي (٩/ ٢٧٠) من طريق بكير بن عبد الله الأشج عن معاذ بن عبد الله عن عقبة بن عامر قال: ضحينا مع رسول الله ﷺ بالجذع من الضأن.

(٢) ينظر الحديث السابق.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في ط: هذه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه الترمذي (٤/ ٨٧) كتاب الأضاحي باب ما جاء في الجذع من الضأن في الأضاحي حديث (١٤٩٩) وأحمد (٢/ ٤٤٤ ـ ٤٤٥) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٧١) كلهم من طريق عثمان بن واقد عن كرام بن عبد الرحمن عن أبي كباش عن أبي هريرة به.
وقال الترمذي: هذا حديث غريب. وقال الحافظ في «الفتح» (١٠/ ١٢): وفي سنده ضعيف. اهـ. وقد بين هذا الضعف ابن حزم فقال في «المحلى» (٧/ ٣٦٥): عثمان بن واقد مجهول وكرام بن عبد الرحمن لا ندري من هو عن أبي كباش الذي جلب الكباش الجذعة إلى المدينة فبارت عليه. . . . ا.هـ.
وقال البيهقي: وبلغني عن أبي عيسى الترمذي قال: قال البخاري: رواه غير عثمان بن واقد عن أبي هريرة موقوفاً. وينظر: «علل الترمذي الكبير» (ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨) حديث (٤٤٧).

وَرُوِيَ: «الجَذَعُ السَّمِينُ مِنَ الضَّأْنِ» فلما سمع الناس هذا الحديث انتهبوها، أي: تبادروا إلى شرائها، وتخصيص هذه القربة بسنٍّ دون سنٍّ أَمْرٌ لا يعرف إلا بالتوقيف فيتبع ذلك.

وأما معاني هذه الأَسماء، فقد ذكر القدوري (رحمه الله) أَن الفقهاء، قالوا: الجذع من الغنم: ابن ستة أشهر، والثني منه: ابن سنة، والجذع من البقر: ابن سنة، والثني: ابن سنتين، والجذع من الإِبل: ابن أربع سنين، والثني منها: ابن خمس.

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» في الثني من الإبل: ما تم له أربع سنين وطعن في الخامسة، وذكر الزعفراني في الأضاحي: الجذع: ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر، والثني من الشاة، والمعز: ما تم له حولٌ وطعن في السنة الثانية، ومن البقر: ما تم له حولان وطعن في السنة الثالثة، ومن الإِبل: ما تم له خمس سنين وَطَعَنَ في السنة السادسة.

وتقديرُ هذه الأَسنان بما قلنا لمنع النقصان لا لمنع الزيادة، حتى لو ضحى بأقل من ذلك سنًا لا يجوز، ولو ضحى بأكثر من ذلك يجوز، ويكون أفضل.

ولا يجوز في الأُضحية حملٌ ولا جديٌ ولا عجلٌ ولا فَصِيلٌ؛ لأن الشرع إنما ورد بالأَسنان التي ذكرنا وهذه لا تسمى بها.

وأما قدره: فلا يجوز / الشاة والمعز إلاَّ عن واحدٍ، وإن كانت عظيمة سمينة تساوي شاتين مما يجوز أن يضحى بهما؛ لأن القياس في الإِبل والبقر أن لا يجوز فيهما الاشتراك؛ لأن القربة في هذا الباب إراقة الدم، وأنها لا تحتمل التجزئة؛ لأنها ذبح واحد، وإنما عرفنا جواز ذلك بالخبر، فبقي الأمر في الغنم على أصل القياس. ١/٢٩٣ ب

فإن قيل: أَلَيْسَ إنه رُوِيَ أن رسول الله ﷺ ضحى بكبشين أملحين؛ أحدهما عن نفسه والآخر عمن لم[1] يذبح من أمته، فكيف ضحى بشاة واحدة عن أمته (عليه الصلاة والسلام).

فالجواب: أنه (عليه الصلاة والسلام) إنما فعل ذلك لأجل الثواب، وهو أنه جعل ثواب تضحيته بشاة واحدة لأمته، لا للإِجزاء وسقوط التعبد عنهم.

ولا يجوز بعير واحد ولا بقرة واحدة عن أكثر من سبعة، ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك، وهذا قول عامة العلماء، وقال مالك (رحمه الله): يجزي ذلك عن أهل بيت واحدٍ، وإن زادوا على سبعة، ولا يجزي عن أهل بيتين وإن كانوا أقل من سبعة.

والصحيح قولُ العامة؛ لما روي عن رسول الله ﷺ [أنه قال]: «البُدْنَةُ تُجْزِي عَنْ سَبْعَةٍ،

---

(١) في ط: لا.

وَالْبَقَرَةُ تُجْزِي عَنْ سَبْعَةٍ»[(١)].

وعن جابر (رضي الله عنه) قال: «نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعة، والبقرة عن

(١) أخرجه مالك (٢/ ٤٨٦) كتاب الضحايا، باب الشركة في الضحايا حديث (٩) وأحمد (٣/ ٣٥٣، ٣٦٣) ومسلم (٢/ ٩٥٥) كتاب الحج.... باب الاشتراك في الهدي، حديث (٣٥٠/ ١٣١٨) وأبو داود (٣/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠) كتاب الضحايا، باب في البقر والجزور عن كم تجزىء حديث (٢٨٠٩) والترمذي (٤/ ٨٩) كتاب الأضاحي باب ما جاء في الاشتراك في الأضحية، حديث (١٥٠٢) وابن ماجه (٢/ ١٠٤٧) كتاب الأضاحي، باب عن كم تجزىء البدنة والبقرة حديث (٣١٣٢) والبيهقي (٩/ ٢٩٤) كتاب الضحايا، باب الاشتراك في الهدي والأضحية. من طريق أبي الزبير عن جابر بن عبد الله قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة.
وأخرجه مسلم (٢/ ٩٥٥) كتاب الحج، باب الاشتراك في الهدي.... حديث (٣٥٣/ ١٣١٨) وأحمد (٣/ ٣٧٨) وابن الجارود (٤٧٩) وابن خزيمة (٤/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨) رقم (٢٩٠٠) والبيهقي (٩/ ٢٩٥) كتاب الضحايا، باب الاشتراك في الهدي والأضحية من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: اشتركنا مع النبي ﷺ في الحج والعمرة كل سبعة في بدنة فقال رجل لجابر: أيشترك في البدنة ما يشترك في الجزور قال: ما هي إلا من البدن.
وأخرجه ابن خزيمة (٤/ ٢٨٨) رقم (٢٩٠١) من طري عمرو بن الحارث ومالك بن أنس عن أبي الزبير عن جابر به.
وأخرجه مسلم (٢/ ٩٥٥) كتاب الحج، باب الاشتراك في الهدي.... حديث (٣٥٢/ ١٣١٨) من طريق عزرة بن ثابت عن أبي الزبير عن جابر وأخرجه أيضاً (٣٥١/ ١٣١٨) من طريق زهير بن معاوية عن أبي الزبير عن جابر ورواه من هذا الطريق أيضاً أحمد (٣/ ٢٩٢) والبيهقي (٥/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦) وقد توبع أبو الزبير على هذا الحديث تابعه عطاء بن أبي رباح وأبو سفيان والشعبي وسليمان بن قيس.
متابعة عطاء:
أخرجها مسلم (٢/ ٩٥٦) كتاب الحج، باب الاشتراك في الهدي حديث (٣٥٥/ ١٣١٨) وأبو داود (٢/ ١٠٨) كتاب الضحايا، باب في البقر والجزور حديث (٢٨٠٧) والنسائي (٧/ ٢٢٢) كتاب الضحايا، باب ما تجزىء عنه البقرة في الضحايا وأحمد (٣/ ٢٦٣) والدارقطني (٢/ ٤٧) العيدين وابن خزيمة (٤/ ٢٨٨) رقم (٢٩٠٢) وأبو يعلى (٤/ ٣١) رقم (٢٠٣٤) والبيهقي (٩/ ٢٩٥) من طريق هشيم عن عبد الملك عن عطاء عن جابر قال: كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ بالعمرة فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها.
متابعة أبي سفيان:
أخرجها أحمد (٣/ ٣١٦) من طريق الأعمش عن أبي سفيان عن جابر به.
متابعة عامر الشعبي:
أخرجه أحمد (٣/ ٣٣٥) والدارقطني (٢/ ٢٤٣ ـ ٢٤٤) من طريق مجالد بن سعيد عن الشعبي عن جابر به. ومجالد بن سعيد فيه ضعيف.
متابعة سليمان بن قيس:
أخرجها أحمد (٣/ ٣٥٣، ٣٦٤) والطيالسي (١/ ٢٢٩ ـ منحة) رقم (١١٠٣) من طريق أبي عوانة حدثنا أبو بشر عن سليمان بن قيس عن جابر به.

سبعة من غير فصل بين أهل بيت وبيتين؛ ولأن القياس يأتي جوازها عن أكثر من واحدٍ؛ لما ذكرنا أن القربة في الذبح وأنه فعل واحد لا يتجزأ، لكنا تركنا القياس بالخمر المقتضى للجوار عن سبعة مطلقاً، فيعمل بالقياس فيما وراءه، لأن البقرة بمنزلة سبع شياه، ثم جازت التضحية بسبع شياهٍ عن سبعه، سواء كانوا من أهل بيت أو بيتين؛ فكذا البقرة.

ومنهم من فَصَّل بين البعير والبقرة، فقال: البقرةُ لا تجوز عن أكثر من سبعة، فأما البعير فإنه يجوز عن عشرة، ورووا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «البَدَنَةُ تجزِي عَنْ عَشْرَةٍ»[1] ونوع من

---

(١) روي من حديث رافع بن خديج وابن عباس حديث رافع بن خديج:
أخرجه البخاري (٥/ ١٣٩) كتاب الشركة، باب من عدل عشرة من الغنم بجزور في القسم، حديث (٢٥٠٧) ومسلم (٣/ ١٥٥٨) كتاب الأضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم حديث (٢١/ ١٩٦٨) وأبو داود (٣/ ٢٤٧) كتاب الأضاحي، باب في الذبيحة بالمروة حديث (٢٨٢١) والترمذي (٤/ ١٥٣) كتاب السير، باب ما جاء في كراهية الهبة، حديث (١٦٠٠) والنسائي (٧/ ١٩١ ـ ١٩٢) كتاب الصيد والذبائح، باب الأنسية يستوحش، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٨) كتاب الأضاحي، باب كم تجزىء من الغنم عن البدنة حديث (٣١٣٧) عنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ ونحن بذي الحليفة من تهامة فأصبنا وغنمنا فعجل القوم فأغلينا القدور قبل أن تقسم فأتانا رسول الله ﷺ وأمر بها فأكفئت ثم عدل الجزور بعشرة من الغنم.
وحديث ابن عباس:
أخرجه الترمذي (٤/ ٨٩) كتاب الأضاحي، باب ما جاء في الاشتراك في الأضحية، حديث (١٥٠١) والنسائي (٧/ ٢٢٢) كتاب الضحايا، باب ما تجزىء عنه البدنة في الضحايا، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٧) كتاب الأضاحي، باب عن كم تجزىء البدنة والبقر. حديث (٣١٣١) وابن حبان (١٠٥٠ ـ موارد) وابن خزيمة (٤/ ٢٩١) رقم (٢٩٠٨) عنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فحضر الأضحى فذبحنا البقرة عن سبعة والبعيْر عن عشرة.
قال الترمذي: حسن غريب. وصححه ابن خزيمة وابن حبان.
وفي الباب عن ابن مسعود والحسن بن علي.
حديث ابن مسعود:
أخرجه الدارقطني (٢/ ٢٤٣) رقم (٣٣) والطبراني في الكبير (١٠/ ٢٠٢) وابن عدي في الكامل (١/ ٣٥٧) من طريق أيوب بن محمد أبي الجمل ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ «الجزور في الأضحى عن عشرة». قال ابن عدي: وهذا الحديث لا يرويه عن عطاء بن السائب غير أبي الجمل هذا.
وأبو الجمل هو أيوب بن محمد قال ابن معين: شيخ يمامي ضعيف والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٣) وقال: رواه الطبراني في الكبير وفيه عطاء بن السائب وقد اختلط.
حديث الحسن بن علي:
ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٣ ـ ٢٤) عنه قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نلبس أجود ما نجد وأن نتطيب بأجود ما نجد وأن نضحي بأسمن ما نجد البقرة عن سبعة والجزور عن عشرة، وأن نظهر وعلينا السكينة والوقار. وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير وفيه عبد الله بن صالح قال عبد الملك بن شعيب بن الليث ثقة مأمون وضعفه أحمد وجماعة.

القياس يؤيده، وهو أن الإِبل أكثر قيمة من البقر، ولهذا فُضِّلتِ الإِبل على البقر في باب الزكاة والديات، فتفضل في الأُضحية أيضاً.

ولنا أن الأخبار إذا اختلفت في الظاهر يجب الأخذ بالاحتياط؛ وذلك فيما قلنا: لأن جوازه عن سبعة ثابت بالاتفاق، وفي الزيادة اختلافٌ، فكان الأخذ بالمتفق عليه أخذاً بالمتيقن.

وأما ما ذكروا من القياس فقد ذكرنا أن الاشتراك في هذا الباب معدولٌ به عن القياس، واستعمال القياس فيما هو معدول به عن القياس ليس من الفقه، ولا شك في جواز بدنة أو بقرة عن أقل من سبعة؛ بأن اشترك[1] اثنان أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة في بدنة أو بقرة؛ لأنه لما جاز السبع فالزيادةُ أَوْلَى، وسواء اتفقت الأنصباء في القدر أو اختلفت، بأن يكون لأَحدهم النصف وللآخر الثلث ولآخر السدس، بعد أن لا ينقص عنِ السبع.

ولو اشترك سبعةٌ في خَمْسِ بَقراتٍ أَوْ في أَكثر، فَذَبَحُوهَا، أجزأهم؛ لأن لكل واحد منهم في كل بقرة سبعها، ولو ضحوا ببقرة واحدة أجزأهم، فالأكثر أولى.

ولو اشترك ثمانية في سبع بقرات لم يجزهم؛ لأن كل بقرة بينهم على ثمانية أسهم، فيكون لكلِّ واحد منهم أنقص من السبع.

وكذلك إذا كانوا عشرة أو أكثر فهو على هذا.

ولو اشترك ثمانية في ثمانية من البقر فضحوا بها لم تجزهم؛ لأن كل بقرة تكون بينهم على ثمانية أسهم؛ وكذلك إذا كان البقر أكثر لم تجزهم، ولا رواية في هذه الفصول، وإنما قيل أنه لا يجوز بالقياس.

ولو اشترك سبعة في سبع شياه بينهم فضحوا بها القياس أن لا تجزئهم، لأَن كل شاة تكون بينهم على سبعة أسهم، وفي الاستحسان يجزيهم.

وكلك لو اشترى اثنان شاتين للتضحية فضحيا بهما، بخلاف عبدين بين رجلين[2] عليهما كفارتان فأعتقاهما عن كفارتيهما، أنه لا يجوز؛ لأن الأنصباء تجتمع في الشاتين، ولا تجتمع في الرقيق بدليل أنه يجبر على القسمة في الشاة ولا يجبر في الرقيق، أَلاَ ترى أنها لا تقسم قسمة جمع في قول أبي حنيفة (رضي الله عنه)، وعلى هذا ينبغي أن يكون في الأَول قياس واستحسان، والمذكور جواب القياس، وأما صفته فهي أن يكون سليماً عن العيوب الفاحشة، وسنذكرها في بيان شرائط الجواز، بعون الله (تعالى)، والله الموفق.

---

(١) في ط: اشتراك.

(٢) في ط: اثنين.

فصل في شروط جواز إقامة الواجب

وأما شرائط جواز إقامة الواجب، وهي التضحية فهي في الأصل نوعان: نوعٌ يَعُمُّ ذبح كل حيوان مأكول، ونوعٌ يخص التضحية؛ أما الذي يعم ذبح كل حيوان مأكول فقد ذكرناه في «كتاب الذبائح»، وأما الذي يخص التضحية فأنواع: بعضُها يرجع إلى من عليه التضحية، وبعضُها يرجع إلى وقت التضحية، وبعضُها يرجع إلى محل التضحية.

وأما الذي يرجع إلى من عليه التضحية، فمنها: نية الأضحية لا تجزىء [التضحية][1] بدونها / ، لأن الذبح قد يكون للحم، وقد يكون للقربة، والفعلُ لا يَقَعُ قربةً بدون النيةِ. ١/٢٩٤ أ

قال النبي ﷺ: «لاَ عَمَلَ لِمَنْ لاَ نِيَّةَ لَهُ»[2] والمراد منه عَمل هو قربة، وللقربة جهات من المتعة، والقران والإحصار وجزاء الصيد وكفارة الحلق وغيره من المحظورات، فلا تتعين الأُضحية إلا بالنيةِ.

وقال النبي ﷺ: «إِنَّما الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى»[3] ويكفيه أن ينويَ بقلبه، ولا يشترط أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه كما في الصلاة؛ لأن النية عَمَلُ القلب، والذكر باللسان دليلٌ عليها.

ومنها: ألا يشارك المضحي فيما يحتمل الشركة من لا يريد القربة رأساً، فإن شارك لم يجز عن الأضحية، وكذا هذا في سائر القرب سوى الأضحية إذا شارك المتقرب من لا يريد القربه، لم يجز عن القربة؛ كما في دم المتعة والقران والإحصار وجزاء الصيد وغير ذلك، وهذا عندنا، وعند الشافعي (رحمه الله) هذا ليس بشرطٍ حتى لو اشترك سبعةٌ في بعير أو بقرة، كلُّهم يريدون القربة، الأُضحية أو غيرها من وجوه القرب [إلاّ واحداً منهم يريد اللحم لا يجزي واحداً منهم من الأضحية، ولا من غيرها من وجوه القرب عندنا، وعنده يجزي][4].

وجه قولِهِ أَن الفعل إنما يصير قربة من كل واحد بنيته لا بنية صاحبه، فعدم النيةِ مِن أحدِهم لا يقدحُ في قربةِ الباقين.

ولنا أن القربة في إراقة الدم، وأَنها لا تتجزأ لأنها ذبح واحد، فإن لم تقع قربة من البعض لا يقع قربة من الباقين؛ ضرورةَ عدم التجزؤ، ولو أرادوا القربة الأضحية أو غيرها من

---

(١) سقط من ط.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في أ: يجوز وإن أراد أحدهم اللحم لم يجز عندنا وعنده يجوز.

القرب، أجزأهم، سواء كانت القربة واجبةً أو تطوعاً، أو وجبت على البعض دون البعض، وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت، بأن أراد بعضهم الأُضحية، وبعضُهم جزاءَ الصيدِ، وبعضُهم هدىَ الإِحصار، وبعضُهم كفارةَ شيء أَصابه في إِحرامه، وبعضُهم هدى التطوع، وبعضهم دم المتعة والقران، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر (رحمه اللهِ): لا يجوز إلا إذا اتفقت جهات القربة بأن كان الكل بجهة واحدة.

وجه قوله: أَنَّ القياس يأبى الاشتراك، لأن الذبح فعل واحد لا يتجزأ، فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضُه عن جهة أخرى؛ لأنه لا بعض له إلا عند الاتحاد، فعند الاتحاد جعلت الجهات كجهةٍ واحدةٍ، وعند الاختلاف لا يمكن، فبقي الأَمرُ فيه مردوداً إِلى القياس.

ولنا: أن الجهات وإِن اختلفت صورة فهي في المعنى واحد؛ لأن المقصود من الكل التقرب إلى الله (عزَّ شأنه)، وكذلك إِنْ أَرَادَ بعضهم العقيقة عن ولدٍ وُلِدَ له من قبل؛ لأَن ذلك جهة التقرب إِلى الله (تعالى عزَّ شأنه) بالشكر على ما أنعم عليه من الولدِ؛ كذا ذكر محمد (رحمه الله) في نوادر الضحايا، ولم يذكر ما إذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافةُ التزويج، وينبغي أن يجوز لأَنها إنما تقام شكر الله (تعالى عزَّ شأنه) على نعمة النكاح، وقد وردت السنة بذلك عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ»[1] فَإِذا قصد بها الشكر أو إقامة السنة فقد أراد بها التقرب إِلى الله (عزَّ شأنه).

وروي عن أبي حنيفة (رحمه الله) [أنه][2] كره الاشتراك عند اختلاف الجهة، وروي عنه أنه قال لو كان هذا من نوع واحد لكان أحبُّ إليَّ، وهكذا قال أبو يوسف (رحمه الله)، ولو كان أحد الشركاء ذميًّا كتابياً أو غير كتابيٍّ وهو يريد اللحم أو أراد القربة في دينه لم يجزهم عندنا؛ لأن الكافر تتحقق منه القربة، فكانت نيتُهُ ملحقةً بالعدم، فكان مريداً للحم، والمسلم لو أراد اللحم لا يجوز عندنا، فالكافر أَوْلَى، وكذلك إذا كان أحدهم عبداً أو مدبراً ويريد الأضحية، لأن نيته باطلةٌ، لأنه ليس من أهل هذه القربة، فكان نصيبه لحماً فيمتنع الجواز أصلا، وإِن كان أحد الشركاء ممن يضحي عن ميت، جاز.

وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنه لا يجوز، وذكر في «الأَصل» إذا اشترك سبعة في بدنة فمات أحدهم قبل الذبح فرضي ورثته أن تذبح عن الميت؛ جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أنه لما مات أحدهم فقد سقط عنه الذبح وذبح الوارث لا يقع عنه، إذ

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب النكاح. (٢) سقط من ط.

الأضحية عن الميت لا تجوز، فصار نصيبه اللحم، وأنه يمنع من جواز ذبح الباقين من الأضحية؛ كما لو أراد أحدُهم اللحم في حالِ حياته.

وجه الاستحسان: أَنَّ الموتَ لا يمنع التقرب عن الميت، بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه ويحج عنه، وقد صح أن رسول الله ﷺ ضَحَّىٰ بكبشين؛ أحدهما عن نفسه والآخر عَمَّن لا يذبح من أمته؛ وإن كان منهم من قد مات قبل أن يذبح، فَدَلَّ أن الميت يجوز أن يتقرب عنه، فإذا ذبح عنه صار نصيبه للقربة، فلا يمنع جواز ذبح الباقين.

وَلَوِ اشترى رَجُلٌ بقرةً يُرِيدُ أن يضحي بها ثم أشرك فيها بعد ذلك، قال هشام / : سألتُ أبا يوسف فأخبرني أن أبا حنيفة (رحمه الله) قال: أَكْرَهُ ذلك، ويجزيهم أن يذبحوها عنهم، قال: وكذلك قول أبي يوسف، قال: قلت لأَبي يوسف: ومن نيته أن يشرك فيها، قال: لا أحفظ عن أبي حنيفة (رحمه الله) فيها شيئاً، ولكن لا أرى بذلك بأساً. ١/ ٢٩٤ ب

وقال في الأصل: قال أرأيتَ في رجلٍ اشترى بقرة يريدُ أن يضحي بها عن نفسه فأشرك فيها بعد ذلك، ولم يشركهم حتى اشتراها، فأتاه إنسان بعد ذلك فأشركه حتى استكمل، يعني: أنه صار سابعهم، هلِ يجزي عنهم؟ قال: نعم أَسْتَحْسِنُ، وإن فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن، وهذا محمولٌ على الغني إذا اشترى بقرة لأضحيته؛ لأنها لم تتعين لوجوب التضحية بها، وإنما يقيمها عند الذبح مقام ما يجب عليه، أو واجب عليه فيخرج عن عهدة الواجب بالفعل فيما يقيمه فيه، فيجوز اشتراكهم فيها وذبحهم، إلاَّ أنه يكره لأنه لما اشتراها ليضحي بها فقد وعد وعداً، فيكره [له][1] أن يخلف الوعد، فأما إذا كان فقيراً فلا يجوز له أن يشرك فيها؛ لأنه أوجبها على نفسه بالشراء للأضحية فتعينت للوجوب، فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه.

وقد قالوا في مسألة الغني إذا أشرك بعد ما اشتراها للأضحية ـ أنه ينبغي أن يتصدق بالثمن، وإن لم يذكر ذلك محمد (رحمه الله)؛ لما روي أن رسول الله ﷺ دفع إلى حكيم بن حزام ديناراً، وأَمَرَهُ أن يشتري به[2] أضحية، فاشترى شاة فباعها بدينارين، واشترى بأحدهما شاة، وجاء إلى النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) بشاة ودينار، وأخبره بما صنع، فقال له (عليه الصلاة والسلام): «بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ»[3] وأمر (عليه الصلاة والسلام) أن يضحي بالشاة، ويتصدق بالدينار؛ لما أنه قصد إخراجه للأضحية؛ كذا ههنا.

---

(١) سقط من ط. (٢) في ط: له.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٧٩) كتاب البيوع والإجازات: باب في المضارب يخالف حديث (٣٣٨٦) والترمذي (٣/ ٥٥٩) كتاب البيوع: باب (٣٤) حديث (١٢٥٨) والدارقطني (٣/ ١٠) كتاب البيوع: حديث (٢٨) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١١٢) كتاب القراض: باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه، كلهم من حديث حكيم بن حزام.

ومنها: أن تكون الأُضحية مقارنة للتضحية كما في باب الصلاة؛ لأَن النية معتبرة في الأَصل، فلا يسقط اعتبار القران إلاَّ لضرورة؛ كما في باب الصوم لتعذر قران النية لوقت الشروع لما فيه من الحرج.

ومنها: إذنُ صاحب الأضحية بالذبح، إما نصاً أو دلالةً، إذا كان الذابح غيره، فإن لم يوجد لا يجوز، لأَن الأَصل فيما يعمله الإِنسان أنه[١] يقع للعامل، وإنما يقع لغيره بإذنه وأمره، فإذا لم يوجد لا يقع له.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب شاة إنسان فضحى بها عن صاحبها من غير إذنه وإجازتِهِ، أنه لا يجوز، ولو اشترى شاة للأضحية فأضجعها وشد قوائمها في أيام النحر، فجاء إنسان فذبحها، جاز استحساناً؛ لوجود الإِذن منه دلالةً؛ لما بينا فيما تقدم.

وأما الذي يرجع إلى وقت التضحية: فهو أنها لا تجوز قبل دخول الوقت، لأن الوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرطُ جواز إقامة الواجب، كوقت الصلاة، فلا يجوز لأحد أن يضحي قبل طلوع الفجر الثاني من اليوم الأول من أيام النحر، ويجوز بعد طلوعه، سواء كان من أهل المِصْرَ أو من أهل القرى، غير أن للجواز في حق أهل المصر شرطاً زائداً، وهو أن يكون بعد صلاة العيد لا يجوز تقديمها عليه عندنا.

وقال الشافعي (رحمه الله): إذا مضى من الوقت مقدار ما صلى فيه رسول الله ﷺ صلاةَ العيد، جازت الأضحية، وإن لم يصل الإمام.

والصحيحُ قولنا؛ لما روينا عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «مَنْ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلاةِ فَلْيُعِدْ أُضْحِيَتَهُ»[٢] وروي عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «أَوَّلُ نُسُكِنَا فِي يَوْمِنَا هٰذَا الصَّلاةُ ثُمَّ الذَّبْحُ»[٣].

وروي عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال في حديث البراء بن عازب (رضي الله عنه): «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلاَةِ فَإِنَّمَا هِيَ غدَوةٌ أَطْعَمَهُ اللَّهُ (تَعَالَىٰ)»[٤] إِنَّمَا الذَّبْحُ بَعْدَ الصَّلاَةِ»، فقد رتب النبي (عليه الصلاة والسلام) الذبح على الصلاة، وليس لأهل القرى صلاة العيد، فلا يثبت الترتيب في حقهم، وإن أخر الإمام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى يتنصف النهار، فإن اشتغل الإمام فلم يصل العيد أو ترك ذلك متعمداً حتى زالت الشمس، فقد حل الذبح بغير صلاة في الأيام كلها، لأنه لما زالت الشمس فقد فات وقت

---

(١) في ط: أن.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.

الصلاة، وإنما يخرج الإمام في اليوم الثاني والثالث على وجه الفضاء، والترتيب شرطٌ في الأداء لا في القضاء؛ كذا ذكره القدوري (رحمه الله).

وإن كان يصلي في المصر في موضعين: بأن كان الإمام قد خلف من يصلي بضعفة الناس في [المسجد][1] الجامع، وخرج هو بالآخرين إلى المصلى وهو الجبانة، ذكر الكرخي (رحمه الله) أنه إذا صلى أهل أحد المسجدين أيهما كان، جاز ذبح الأضاحي، وذكر في الأصل إذا صلى أهل المسجد، فالقياس أن لا يجوز ذبح الأضحية، وفي الاستحسان يجوزُ.

وجه القياس: أن صلاة العيد لما كانت شرطاً لجواز الأضحية في حق أهل المصر، فاعتبار صلاة أهل أحد الموضعين يقتضي أن يجوز، واعتبار صلاة أهل الموضع الآخر يقتضي أن لا يجوز، فلا يحكم بالجواز بالشك، بل يحكم بعدم الجواز احتياطاً.

وجه الاستحسان: أنَّ الشرط صلاة العيد، والصلاة في المسجد الجامع تجزي / عن صلاة العيد، بدليل أنهم لو اقتصروا عليها جاز، ويقع الاكتفاء بذلك فقد وجد الشرط فجاز، وكذا في الحديث الذي روينا ترتيب الذبح على الصلاة مطلقاً، وقد وجدت، ولو سبق أهل الجبانة بالصلاة قبل أهل المسجد، لم يذكر هذا في الأصل، وقيل لا رواية في هذا. ١/٢٩٥أ

وذكر الكرخي (رحمه الله) أن هذا كصلاة أهل المسجد، فعلى قوله يكون فيه قياس واستحسان؛ كما إذا صلى أهل المسجد، واختلف المتأخرون: منهم من قال يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحساناً، لأن الأصلَ في صلاةِ العيد صلاةُ من في الجبانة، وَإنما يصلي من يصلي المسجد لعذر، فوجب اعتبار الأصل دون غيرهم، ومنهم من أثبت فيه القياس والاستحسان؛ كما في المسألة الأولى، ووجهها ما ذكرنا.

ومنهم من قال: لا تجوز الأضحية بصلاة أهل الجبانة حتى يصلي أهل المسجد؛ لأن الصلاة في المسجد هي الأَصل، بدليل سائر الصلوات، وإنما يخرج الإمام إلى الجبانة لضرورة أَن المسجد لا يتسع لهم، فيجب اعتبار الأَصل.

ولو ذبح والإمام في خلال الصلاة لا يجوز؛ وكذا إذا ضحى قبل أن يقعد قدر التشهد، ولو ذبح بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام، قالوا على قياس قول أبي حنيفة (رحمه الله) لا يجوز كما لو كان في خلال الصلاة.

وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله): يجوز؛ بناءً على أن خروج المصلي من الصلاة بصفة[2] فرض عنده، وعندهما ليس بفرض، ولو ضحى قبل فراغ الإمام

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: بصيغة.

من الخطبة أو قبل الخطبة جاز؛ لأن النبيَّ ﷺ رَتَّبَ الذبح على الصلاة لا على الخطبة فيما روينا من الأَحاديث، فَدَلَّ أن العبرة للصلاة لا للخطبة، ولو صلى الإِمام صلاة العيد وذبح رَجُلٌ أضحيته، ثم تبين أنه يوم عرفة، فعلى الإِمام أن يعيد الصلاة من الغد، وعلى الرجل أن يعيد الأضحية؛ لأنه تَبَيَّنَ أن الصلاة والأضحية وَقَعَتَا قبل الوقت، فلم يجز، وَإِن تبين أَنَّ الإِمام كان على غير وضوءٍ، فإِن علم ذلك قبل أن يتفرق الناس يعيد بهم الصلاة باتفاق الروايات؛ وهَلْ يجوز ما ضحى قبل الإِعادة.

ذكر في بعض الروايات أنه يجوز؛ لأَنه ذبح بعد صلاة يحيزها بعض الفقهاء، وهو الشافعي (رحمه الله)، لأن فساد صلاة الإمام لا يوجب فساد صلاة المقتدي عنده، فكانت تلك صلاة معتبرة عنده، فعلى هذا يعيد الإِمام وحده، ولا يعيد القوم، وذلك استحساناً.

وذكر في اختلاف زفر (رحمه الله) أنه يعيد بهم الصلاة، ولا يجوز ما ضحى قبل إعادة الصلاة، وَإِن تفرق الناس عن الإِمام ثم علم بعد ذلك فقد ذكر في بعض الروايات أَنَّ الصلاة لا تعاد، وقد جاز الأُضحية عن المضحي؛ لأَنها صلاة قد جازت في قول بعض الفقهاء، فترك إِعادتها بعد تفرق الناس أحسن من أن ينادي الناس أن يجتمعوا ثانياً، وهو أيسر من أنه تبطل أضاحيهم.

وروي عن أبي حنيفة (رحمه الله) أنه تعاد الأُضحية ولا تعاد بهم الصلاة؛ لأَن إعادة الأضحية أيسر من إِعادة الصلاة، وروي أيضاً أنه ينادي بهم حتى يجتمعوا ويعيد بهم الصلاة.

قال البلخي (رحمه الله): فعلى هذا القياس لا تجزي ذبيحة من ذبح قبل إِعادة الصلاة، إِلاَّ تكون الشمس قد زالت، فتجزي ذبيحة من ذبح في قولهم جميعاً، وسقطت عنهم الصلاة؛ ولو شهد ناسٌ عند الإِمام بعد نصف النهار وبعد ما زالت الشمس أَن ذلك اليوم هو العاشر من ذي الحجة، جاز لهم أن يضحوا، ويخرج الإِمام من الغد فيصلي بهم صلاة العيد.

وإِن علم في صدر النهار أنه يوم النحر، فَشُغِلَ الإِمامُ عن الخروجِ أو غفل فلم يخرج ولم يأمر أحداً يصلي بهم، فلا ينبغي لأَحد أن يضحي حين يصلي الإِمام إِلى أن تزول الشمس؛ فإِذا زالت قبل أن يخرج الإِمام ضحى الناس؛ وإِن ضحى أحد قبل ذلك لم يجز.

ولو صلى الإِمام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته، ثم تبين للإِمام أن يوم العيد كان بالأمس، جازت الصلاة، وجاز للرجل أضحيته.

ولو وقعت فتنة في مصر ولم يكن لها إِمام من قبل السلطان يصلِّي بهم صلاة العيد،

فالقياس في ذلك أن يكون وقت النحر في ذلك المصر بعد طلوع الفجر [من][١] يوم النحر، بمنزلة القرى التي لا يصلى فيها، ولكن يستحسن أن يكون وقت نحرهم بعد زوال الشمس من يوم النحر؛ لأن الموضع موضع الصلاة.

ألا ترى أن الإمام لو كان حاضراً كان عليهم أن يصلوا إلاً أنه امتنع أداؤها العارض، فلا يتغير حكم الأصل، كما لو كان الإمام حاضراً فلم يصل لعارض أسباب من مرض أو غير ذلك، وهناك لا يجوز الذبح إلا بعد الزوال؛ كذا ههنا.

ولو ذبح أضحيته بعد الزوال من يوم عرفة، ثم ظهر أن ذلك اليوم كان يوم النحر، جازت الأضحية عندنا؛ لأن الذبح حصل في وقته فيجزيه والله (عزَّ شأنه) أعلم.

هذا إذا كان مَن عليه الأضحية في المصر والشاة في المصر، فإن / كان هو في المصر ١/٢٩٥ ب والشاة في الرستاق، أو في موضع لا يصلى فيه، وقد كان أمر أن يضحوا عنه، فضحوا بها بعد طلوع الفجر قبل صلاة العيد، فإنها تجزيه، وعلى عكسه لو كان هو في الرستاق والشاة في المصر، وقد أمر من[٢] يضحي عنه، فضحوا بها قبل صلاة العيد، فإنَّها لا تجزيه، وإنما يعتبر في هذا مكان الشاة لا مكان من عليه، هكذا ذكر محمد (عليه الرحمة) في «النوادر»، وقال: إنما أنظر إلى محل الذبح، ولا أنظر إلى موضع المذبوح عنه، وهكذا روى الحسن عن أبي يوسف (رحمه الله) يعتبر المكان الذي يكون فيه الذبح، ولا يعتبر المكان الذي يكون فيه المذبوح عنه، وإنما كان كذلك؛ لأن الذبح هو القربة فيعتبر مكان فعلها، لا مكان المفعول عنه.

وإن كان الرجل في مصرٍ وأهله في مصرٍ آخر، فكتب إليهم أن يضحوا عنه، رُوِيَ عن أبي يوسف أنه اعتبر مكان الذبيحة، فقال: ينبغي لهم أن لا يضحوا عنه حتى يصلي الإمام الذي فيه أهله، وَإن ضحوا عنه قبل أن يصلي لم يجزه، وهو قول محمد (عليه الرحمة).

وقال الحسن بن زياد: انتظرتُ الصلاتين جميعاً، وإنْ شكُّوا في وقت صلاة المصر الآخر، انتظرتُ به الزوال، فعنده لا يذبحون عنه حتى يصلوا في المصرين جميعاً، وإن وقع لهم الشك في وقت صلاة المصر الآخر، لم يذبحوا حتى تزول الشمس، فإذا زالت ذبحوا عنه.

وجه قول الحسن: أن فيما قلنا اعتبار الحالين، حال الذبح وحال المذبوح عنه فكان

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: أن.

أولى، ولأبي يوسف ومحمد (رحمهما الله) أن القربة في الذبح والقربات المؤقتة يعتبر وقتها في حق فاعلها، لا في حق المفعول عنه، ويجوز الذبح في أيام النحر نُهُرَهَا ولياليها، وهما ليلتان ليلة اليوم الثاني وهي ليلة الحادي عشر، وليلة اليوم الثالث وهي ليلة الثاني عشر، ولا يدخل فيها ليلة الأضحى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة، لقول جماعة من الصحابة (رضي الله عنهم): أيام النحر ثلاثةٌ، وذِكْرُ الأَيام يكون ذكر الليالي لغة: قال الله (عزَّ شأنه) في قصة زكريا (عليه الصلاة والسلام): ﴿ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزاً﴾ [آل عمران: ٤١] وقال (عزَّ شأنه) في موضع آخر: ﴿ثَلاَثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم: ١٠] والقِّصة قصة واحدة إلا أنه لم يدخل فيها الليلة العاشرة من ذي الحجة، لأنه استتبعها النهار الماضي وهو يوم عرفة، بدليل أن من أدركها فقد أدرك الحج كما لو أدرك النهار وهو يوم «عرفة»، فإذا جعلت تابعة للنهار الماضي لا تتبع النهار المستقبل، فلا تدخل في وقت التضحية، وتدخل الليلتان بعدها، غير أنه يكره الذبح بالليل، لا لأنه ليس بوقت للتضحية، بل لمعنى آخر ذكرناه في «كتاب الذبائح» والله (عزَّ شأنه) أعلم.

وأما الذي يرجع إلى محل التضحية فنوعان:

أحدهما: سلامةُ المحل عن العيوب الفاحشة، فلا تجوز العمياء، ولا العوراء البَيِّنُ عَورُهَا. والعرجاء البيِّنُ عرجُها، وهي التي لا تقدر [أن][1] تمشي برجلها إلى المنسك، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تُنْقِي وهي المهزولة التي لا نقي لها وهو المخ، ومقطوعة الأذن والأَلْية بالكلية، والتي لا أذن لها في الخلقة.

وسُئل محمد (رحمه الله) عن ذلك، فقال: أيكون ذلك؟ فإنْ كان لا يجزي، ويجزي السكاء، وهي صغيرة الأذن، ولا يجوز مقطوعة إحدى الأُذنين بكمالها، والتي لها أذن واحدة خلقة.

والأَصل في اعتبار هذه الشروط ما روي عن البراء بن عازب (رضي الله عنهما) أنه قال: سمعتُ رَسُولَ اللهﷺ يقول: «لاَ تَجْزِي مِنَ الضَّحَايَا أَرْبَعٌ: العَوْرَاءُ البَيِّنُ عَوَرُهَا، والعَرَجَاءُ البَيِّنُ عَرَجُهَا، وَالمَرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا، والعَجْفَاءُ التي لا تنقِي»[2].

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٤٨٢) كتاب الضحايا، باب ما ينهى عنه من الضحايا حديث (١) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٣٠) كتاب الهدايا والضحايا باب الأضحية، حديث (٢٠١٠) وأحمد (٤/ ٣٠٠) والدارمي (٢/ ٧٦ ـ ٧٧) كتاب الأضاحي باب ما لا يجوز في الأضاحي وأبو داود (٣/ ٢٣٥) كتاب الضحايا، باب ما يكره من الضحايا، حديث (٢٨٠٢) والترمذي (٤/ ٨٥، ٨٦) كتاب الأضاحي، باب ما لا يجوز من الأضاحي حديث (١٤٩٧) والنسائي (٧/ ٢١٤) كتاب الضحايا، باب ما نهي عنه من الأضاحي، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٠) كتاب الأضاحي باب ما يكره أن يضحى به حديث (٣١٤٤) وابن الجارود ص (٣٠٣ ـ ٣٠٤) =

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «اسْتَشْرِفُوا العَيْنَ والأُذُنَ»[1] أي: تأملوا سلامتهما عن الآفات، وروي أنه (عليه الصلاة والسلام) نهى أن يضحى بعضباء الأذن، ولو ذهب بعض هذه الأعضاء دون بعض من الأذن والألية والذنب والعين.

ذكر في الجامع الصغير ينظر، فإن كان الذاهب كثيراً يمنع جواز التضحية، وإن كان يسيراً لا يمنع، لأن اليسير مما لا يمكن التحرز عنه، إذ الحيوان لا يخلو عنه عادة، فلو اعتبر مانعاً لضاق الأمر على الناس، ووقعوا في الحرج.

= باب ما جاء في الضحايا حديث (٩٠٧) والحاكم (٤/ ٢٢٣) كتاب الأضاحي، باب ما ذكر أربع لا يجزي في الضحايا والبيهقي (٩/ ٢٧٤) كتاب الضحايا، باب ما ورد النهي عن التضحية به.

وابن خزيمة (٤/ ٢٩٢) رقم (٢٩١٢) وابن حبان (١٠٤٦ ـ موارد) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٦٨) من طريق سليمان بن عبد الرحمن عن عبيد بن فيروز عن البراء بن عازب به. وقال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: هذا حديث صحيح ولم يخرجاه لقلة روايات سليمان بن عبد الرحمن وقد أظهر علي بن المديني فضائله واتقانه، ووافقه الذهبي وصححه أيضاً ابن خزيمة وابن حبان.

(١) أخرجه أحمد (١/ ١٢٨) والدارمي (٢/ ٧٧) كتاب الأضاحي، باب ما لا يجوز في الأضاحي، وأبو داود (٢/ ٢٣٧) كتاب الضحايا، باب ما يكره من الضحايا حديث (٢٨٠٤) والترمذي (٤/ ٨٦) كتاب الأضاحي، باب ما يكره من الأضاحي، حديث (١٤٩٨) والنسائي (٧/ ٢١٦) كتاب الضحايا، باب المقابلة وهي ما قطع طرف أذنها وابن ماجه (٢/ ١٠٥٠) كتاب الأضاحي، باب ما يكره أن يضمن به حديث (٣١٤٢) وابن الجارود ص (٣٠٣) باب ما جاء في الضحايا حديث (٩٠٦)، والحاكم (٤/ ٢٢٤)، كتاب الأضاحي، باب معنى المقابلة والمدابرة والشرقاء والخرقاء، والبيهقي (٩/ ٢٧٥) كتاب الضحايا، باب ما ورد النهي عن التضحية به. والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٦٩) من طرق عن أبي إسحاق عن شريح عن علي.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وللحديث طريق آخر عن علي رضي الله عنه:

أخرجه النسائي (٧/ ٢١٧) كتاب الضحايا، باب المقابلة وهي ما قطع طرف أذنها والترمذي (٤/ ٨٦) كتاب الأضاحي، باب ما يكره من الأضاحي، حديث (١٤٩٨) وابن ماجه (٢/ ١٠٥٠) كتاب الأضاحي، باب ما يكره أن يضحى به حديث (٣١٤٣) والدارمي (٢/ ٧٧) كتاب الأضاحي، باب ما لا يجوز في الأضاحي وأحمد (١/ ١٠٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٦٩) والحاكم (٤/ ٢٢٥) وأبو يعلى (١/ ٢٧٩) رقم (٣٣٣) وابن خزيمة (٤/ ٢٩٣) رقم (٢٩١٤، ٢٩١٥) من طريق سلمة بن كهيل عن حجية بن عدي قال: سمعت علياً يقول: أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

وحجية بن عدي قال الذهبي: قال أبو حاتم: شبه المجهول لا يحتج به.

واختلف أصحابنا في الحدِّ الفاصلِ بين القليل والكثير، فعن أبي حنيفة (رحمه الله) أربعُ روايات، روى محمد (رحمه الله) عنه في «الأصل» وفي «الجامع الصغير» أنه إن كان ذهب الثلث أو أقل، جاز، وإن كان أكثر من الثلث لا يجوز.

وروى أبو يوسف (رحمه الله) أنه إن كان ذهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من ذلك جاز.

وقال أبو يوسف (رحمه الله): ذكرتُ قولي لأبي حنيفة (رحمه الله) فقال قولي مثلُ قولك، وقول أبي يوسف: أنه إن كان الباقي أكثر من الذاهب يجوز[1]؛ وإن كان أقل منه أو مثله، لا يجوز.

وروى أبو عبد الله البلخي عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) أنه إذا ذهب الربع لم يجزه، وذكر الكرخي قول محمد مع قول أبي حنيفة في روايته عنه / في الأصل؛ وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» قوله مع قول أبي يوسف. ١/٢٩٦ أ

وجه قول أبي وهو إحدى الروايات عن أبي حنيفة أن القليل والكثير من الأسماء الإضافية، فما كان مضافه أقل منه يكون كثيراً، وما كان أكثر منه يكون قليلاً، إلاَّ أنه قد قال بعدم الجواز إذا كانا سواء؛ احتياطاً لاجتماع جهة الجواز وعدم الجواز، إلا أنه يعتبر بقاء الأكثر للجواز ولم يوجد.

وَرُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنه نهى عن العضباء[2]، قال سعيد بن المسيب: العضباءُ: التي ذهب أكثر أذنها، فقد اعتبر النبي ﷺ الأكثر.

---

(١) في أ: يجزئه.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٦٣) كتاب الوصية: باب الوصية في الثلث حديث (٤) والبخاري (٣/ ١٦٤) كتاب الجنائز: باب رثاء النبي ﷺ سعد حديث (١٢٩٥) ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث (٥/١٦٢٨) وأبو داود (٣/ ٢٤٨) كتاب الوصايا: باب ما لا يجوز للموصي في ماله حديث (٢٨٦٤) والترمذي (٤/ ٤٣٠) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢١١٦) والنسائي (٦/ ٢٤١ ـ ٢٤٢) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وابن ماجه (٢/ ٩٠٣) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٠٨) وأحمد (١/ ١٧٩) والدارمي (٢/ ٤٠٧) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٨٢ ـ منحة) رقم (١٤٣٣) وعبد الرزاق (٩/ ٦٤) رقم (١٦٣٥٧). والحميدي (١/ ٣٦) رقم (٦٦). وابن الجارود (٩٤٧) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٢) رقم (٢٤٨) وأبو يعلى (٢/ ٩٢) رقم (٤٧) وابن حبان (٤٢٣٥، ٥٩٩٤، ٧٢١٧ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٧٩) والبيهقي (٦/ ٢٦٨) والفسوي في «المعرفة والتاريخ» (١/ ٣٦٨ ـ ٣٦٩) كلهم من طريق الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه قال: مرضت بمكة مرضاً أشفيت منه على الموت فجاء رسول الله ﷺ يعودني =

وأما وجه رواية اعتبار الربع كثيراً؛ فلأنه يلحق بالكثير في كثير من المواضع؛ كما في مسح الرأس والحلق في حق المحرم، ففي موضع الاحتياط أولى.

وأما وجه رواية اعتبار الثلث كثيراً، فلقول النبيِّ ﷺ في باب الوصية الثلث: «وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[1]، جعل (عليه الصلاة والسلام) الثلثَ كثيراً مطلقاً، وأما وجه رواية اعتباره قليلاً فاعتباره بالوصية؛ لأن الشرع جوز الوصية بالثلث، ولم يجوز بما زاد على الثلث، فَدَلَّ أنه إذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيراً.

وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها، فإن كانت ترعى وتعتلف جازت، وإلا فلا.

وذكر في المنتقى عن أبي حنيفة (رحمه الله) أنه إن كان لا يمنعها عن الاعتلاف تجزيه، وإن كان يمنعها عن الاعتلاف إلاَّ أن يصب في جوفها صباً لم تجزه، وقال أبو يوسف في قول لا تجزي سواء اعتلفت أو لم تعتلف، وفي قولٍ إن ذهب أكثر أسنانها لا تجزي؛ كما قال في الأذن والأَلْية والذنب، وفي قولٍ إن بقي من أسنانها قدر ما تعتلف تجزي، وإلا فلا.

وتجوز الثولاء وهي المجنونة إلا إذا كان ذلك يمنعها عن الرعي والاعتلاف، فلا تجوز، لأنه يفضي إلى هلاكها، فكان عيباً فاحشاً.

= فقلت: يا رسول الله إن لي مالاً كثيراً وليس يرثني إلا ابنتي، أفأوصي بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، أو كبير إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه البخاري (٥/ ٤٢٧ ـ ٤٢٨) كتاب الوصايا: باب إن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس حديث (٢٧٤٢) ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث (٥/ ١٦٢٨) والنسائي (٦/ ٢٤٢) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وأحمد (١/ ١٧٢) من طريق سعد بن إبراهيم عن عامر بن سعد عن أبيه به.

وأخرجه البخاري (٥/ ٤٣٤ ـ ٤٣٥) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٤٤) من طريق هاشم بن هاشم عن عامر بن سعيد عن أبيه به.

وأخرجه النسائي (٦/ ٢٤٣) كتاب الوصايا: باب الوصية، من طريق بكير بن مسمار عن عامر بن سعد عن أبيه به.

وأخرجه أحمد (١/ ١٨٤) من طريق جرير بن حازم عن عمه جرير بن زيد عن عامر به.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٥١) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث (٨، ٩/ ١٦٢٨) وأحمد (١/ ٦٨) وأبو يعلى (٢/ ١١٦) رقم (٧٨١) من طريق عمرو بن سعيد عن حميد بن عبد الرحمن عن ثلاثة من ولد سعد به.

وتجوزُ الجرباء إذا كانت سمينة، فإن كانت مهزولة لا تجوز.

وتجزي الجماء وهي التي لا قرن لها خلقة، وكذا مكسورةُ القرن تجزي، لما رُوِيَ أن سيدنا عليًّا (رضي الله عنه) سُئل عن القرن[١]، فقال: لا يضرك، أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن.

وروي أن رجلاً من همذان جاء إلى سيدنا علي (رضي الله عنه) فقال: يا أمير المؤمنين، البقرةُ عن كم، قال: عن سبعةٍ، ثم قال: مكسورة القرن؟ قال: لا ضير، ثم قال عرجاء، فقال: إذا بلغت المنسك، ثم قال سيدنا علي (كرم الله وجهه) أمرنا رسولُ الله ﷺ أنا نستشرف العين والأذن، فإن بلغ الكسر المشاش لا تجزيه، والمشاش: رؤوس العظام مثل الركبتين والمرفقين.

وتجزي الشرقاء وهي مشقوقة الأُذن طولاً.

وما روي أن رسول الله ﷺ نهى أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة[٢]، فالخرقاء هي: مشقوقة الأُذن، والمقابلة هي: التي يقطع من مقدم أذنها شيءٌ ولا يبان، بل يترك معلقاً، والمدابرة، أن يفعل ذلك بمؤخر الأُذن من الشاة، فالنهي في الشرقاء والمقابلة والمدابرة محمولٌ على الندب، وفي الخرقاء على الكثير على اختلاف الأقاويل في حد الكثير على ما بينا، ولا بأس بما فيه سمة في أذنه؛ لأَن ذلك لا يعد عيباً في الشاة، أو لأَنه عيب يسير، أو لأَن السمة لا يخلو عنها الحيوان، ولا يمكن التحرز عنها.

ولو اشترى رجلٌ أضحية وهي سمينة، فعجفت عنده حتى صارت بحيث لو اشتراها على هذه الحالة لم تجزه، إن كان موسراً، وإن كان معسراً أجزأته؛ لأَن الموسر تجب عليه الأضحية في ذمته، وإنما أقام ما اشترى لها مقام ما في الذمة، فإذا نقصت لا تصلح أن تقام مقام ما في الذمة فبقي ما في ذمته بحاله.

وأما الفقير فلا أضحية في ذمته، فإذا اشتراها للأضحية فقد تعينت الشاة المشتراة للقربة، فكان نقصانها كهلاكها، حتى لو كان الفقير أوجب على نفسه أضحية لا تجزىء[٣] هذه؛ لأَنها وجبت عليه بإيجابه، فصار كالغني الذي وجبت عليه بإيجاب الله (عزَّ شأنه).

وَلَو اشترى أضحية وهي صحيحة، ثم أعورَّت عنده وهو موسر، أو قطعت أذنها كلها، أو أَليتها، أو ذنبها، أو انكسرت رجلُها، فلم تستطع أن تمشي ـ لا تجزي عنه، وعليه مكانها أخرى؛ لما بينا بخلاف الفقير.

---

(١) في ط: القران.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في ط: لا تجوز.

وكذلك إِن ماتت عنده أو سرقت، ولو قدم أضحية ليذبحها فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه، فانكسرت رجلها، ثم ذبحها على مكانها، أجزأه؛ وكذلك إذا انقلبت منه الشفرة، فأصابت عينها فذهبت، والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس أن هذا عيبٌ دخلها قبل تعيين القربة فيها، فصار كما لو كان قبل حال الذبح.

وجه الاستحسان: أَنَّ هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأن الشاة تضطرب فتلحقها العيوب من اضطرابها، وروي عن أبي يوسف، أنه قال: لو عالج أضحية ليذبحها فَكُسِرَتْ[1] أو/ أعورّتْ فذبحها ذلك اليوم، أو من الغد، فإنها تجزي؛ لأن ذلك النقصان لما لم يعتد به في الحال لو ذبحها، فكذا في الثاني كالنقصان اليسير، والله (عزَّ شأنه) أعلم. ١/٢٩٦ ب

والثاني: ملك المحل وهو أن يكون المضحي ملك من عليه الأضحية، فإن لم يكن لا تجوز؛ لأَن التضحية قربة، ولا قربة في الذبح بملك الغير بغير إذنه، وعلى هذا يخرج ما إذا اغتصب شاة إنسان فضحى بها عن نفسه، أنه لا تجزيه لعدم الملك، ولا عن صاحبها لعدم الإِذن، ثم إِن أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان، فكذلك لا تجوز عن التضحية، وعلى كل واحد منهما أن يضحي بأخرى لما قلنا، وإن ضمنه صاحبها قيمتها حية، فإنها تجزي عن الذابح، لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الظهور. والاستناد، فصار ذابحاً شاة هي ملكه، فتجزيه، لكنه يأثم لأن ابتداء فعله وقع محظوراً، فتلزمه التوبة والاستغفار، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا تجزي عن الذابح أيضاً؛ بناءً على أن المضمومات تملك بالضمان عندنا، وعند زفر لا تملك، وبه أخذ الشافعي، وأصل المسألة في «كتاب الغصب»؛ وكذلك إذا اغتصب شاة إنسان كان اشتراها للأضحية، فضحاها عن نفسه بغير أمره لما قلنا، وكذلك الجواب في الشاة المستحقة بأن اشترى شاة ليضحي بها فضحى بها، ثم استحقها رجلٌ بالبينة أنه إِن أخذها المستحق مذبوحة لا تجزي عن واحد منهما، وعلى كل واحد منهما أن يضحي بشاة أخرى، ما دام في أيام النحر، وإِن مضت أيام النحر فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط، ولا يلزمه التصدق بقيمة تلك الشاة المشتراة؛ لأنه بالاستحقاق تبين أن شراءه إِياها للأضحية والعدم بمنزلةٍ، بخلاف ما إِذا اشترى شاة للأضحية، ثم باعها حيث يلزمه التصدق بقيمتها؛ لأن شراءه إِياها للأضحية قد صح لوجود الملك، فيجب عليه التصدق بقيمتها، وإِن تركها عليه وضمنه قيمتها جاز الذبح عندنا؛ كما في الغصب.

---

(١) في أ: فكرها.

ولو أودع رجلٌ رجلاً شاة يضحي بها المستودع عن نفسه يوم النحر، فاختار صاحبها القيمة ورضي بها، فأخذها، فإنها لا تجزي المستودع من أضحيته؛ بخلاف الشاة المغصوبة والمستحقة.

ووجه الفرق أن سبب وجوب الضمان ههنا هو الذبح، والملك ثبت بعد تمام السبب وهو الذبح، فكان الذبح مصادفاً ملك غيره، فلا يجزيه بخلاف الغاصب، فإنه كان ضامناً قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق، فعند اختيار الضمان أو أدائه يثبت الملك له من وقت السبب وهو الغصب، فالذبح صادف ملك نفسه، فجاز.

وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والإجارة؛ بأن استعار ناقة أو ثوراً أو بعيراً أو استأجره فضحى به، أنه لا يجزيه عن الأضحية، سواء أخذها المالك أو ضمنه القيمة، لأنها أمانة في يده، وإنما يضمنها بالذبح، فصار كالوديعة، ولو كان مرهوناً ينبغي أن[1] يجوز؛ لأنه يصير ملكاً له من وقت القبض كما في الغصب، بل أولى.

ومن المشايخ من فصل في الرهن تفصيلاً لا بأس به، فقال: إن كان قدر الرهن مثل الدين أو أقل منه يجوز، فأما إذا كانت قيمته أكثر من الدين فينبغي أن لا يجوز؛ لأنه إذا كان كذلك كان بعضه مضموناً وبعضه أمانة ففي قدر الأمانة إنما يضمنه بالذبح، فيكون بمنزلة الوديعة.

ولو اشترى شاة بيعاً فاسداً فقبضها فضحى بها جاز؛ لأنه يملكها بالقبض وللبائع أن يضمنه قيمتها حية، إن شاء، وإن شاء أخذها مذبوحة، لأن الذبح لا يبطل حقه في الاسترداد، فإن ضمنه قيمتها حية فلا شيء على المضحي، وإن أخذها مذبوحة فعلى المضحي أن يتصدق بقيمتها مذبوحة، لأنه بالرد أسقط الضمان عن نفسه، فصار كأنه باعها بمقدار القيمة التي وجبت عليه.

وكذلك لو وهب له شاة هبة فاسدة فضحى بها، فالواهب بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها حية، وتجوز الأضحية ويأكل منها، وابن شاء استردها واسترد قيمة النقصان، ويضمن الموهوب له قيمتها، فيتصدق بها إذا كان بعد مضي وقت الأضحية.

وكذلك المريض مرض الموت لو وهب شاة من رجلٍ في مرضه وعليه دين مستغرق، فضحى بها الموهوب، فالغرماء بالخيار إن شاءوا استردوا عينها، وعليه أن يتصدق بقيمتها، وإن شاءوا ضمنوه قيمتها، فتجوز الأضحية؛ لأن الشاة كانت مضمونة عليه، فإذا ردها فقد أسقط الضمان عن نفسه؛ كما قلنا في البيع الفاسد.

---

(١) في أ: ألاَّ.

ولو اشترى شاة بثوب فضحى بها المشتري ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده فهو بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة الشاة ولا يتصدق المضحي، ويجوز له الأكل، وإن شاء استردها ناقصة مذبوحة، فبعد ذلك ينظر إن كانت قيمة الثوب أكثر يتصدق بالثوب، كأنه باعها بالثوب، وإن كانت قيمة الشاة أكثر يتصدق بقيمة الشاة؛ لأن الشاة كانت مضمونة عليه، فيرد ما أسقط / الضمان عن نفسه؛ كأنه باعها بثمن ذلك القدر من قيمتها فيتصدق بقيمتها. ٢٩٧/١ أ

وَلَوْ وَجَدَ بالشاة عيباً، فالبائع بالخيار إن شاء قبلها ورد الثمن ويتصدق المشتري بالثمن إلا حصة النقصان؛ لأنه لم يوجب حصة النقصان على نفسه، وإن شاء لم يقبل ورد حصة العيب ولا يتصدق المشتري بها، لأن ذلك النقصان لم يدخل في القربة، وإنما دخل في القربة ما ذبح، وقد ذبح ناقصاً إلا في جزاء الصيد، فإنه ينظر إن لم يكن مع هذا العيب عدلاً للصيد، فعليه أن يتصدق بالفضل لما نذكر.

ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له، أجزأته عن الأضحية، لأنه ملكها بالهبة والقبض، فصار كما لو ملكها بالشراء، فلو أنه ضحى بها ثم أراد الواهب أن يرجع في هبته فعند أبي يوسف (رحمه الله) ليس له ذلك، بناء على أن الأضحية بمنزلة الوقف عنده، فإذا ذبحها الموهوب له عن أضحيته أو أوجبها أضحية لا يملك الرجوع فيها؛ كما لو أعتق الموهوب له العبد أنه ينقطع حق الواهب عن الوجوع؛ كذا ههنا.

وعند محمد (عليه الرحمة) له ذلك؛ لأن الذبح نقصان، والنقصانُ لا يمنع الرجوع ولا يجب على المضحي أن يتصدق بشيء؛ لأن الشاة لم تكن مضمونة عليه، فصار في الحكم بمنزلة ابتداء الهبة، ولو وهبها أو استهلكها لا شيء عليه.

هذا ولو كان هذا في جزاء الصيد أو في كفارة الحلق، أو في موضع يجب عليه التصدق باللحم، فإذا رجع الواهب في الهبة فعليه أن يتصدق بقيمتها؛ لأن التصدق واجب عليه، فصار كما إذا استهلكها، ولأنه ذبح شاة لغيره حق الرجوع فيها، فصار كأنه هو الذي دفع إليه، والرجوع في الهبة بقضاء وبغير قضاء سواءٌ في هذا الفصل، يفترق الجواب بين ما يجب صدقة وبين ما لا يجب؛ وفي الفصل[1] الأول يستوي الجواب بينهما.

ولو وهب المريض مرض الموت شاة لإنسان وقبضها الموهوب له، فضحاها ثم مات الواهب من مرضه ذلك، ولا مال له غيرها، فالورثة بالخيار إن شاءوا ضمنوا الموهوب له ثلثي قيمتها حية، وإن شاءوا أخذوا ثلثيها مذبوحة، فإن ضمنوه ثلثي قيمتها حية فلا شيء على الموهوب له؛ لأنها لو كانت مغصوبة فضمن قيمتها لا شيءَ عليه غير ذلك، فهذه أولى، وإن أخذوا ثلثيها اختلف المشايخ فيه.

(١) في ط: الفصول.

قال بعضُهم: القياس أن يتصدق بثلثي قيمتها حَيَّةً، لأَن الموهوب له قد ضمن ثلثي قيمتها حية ثم سقط عنه ثلث قيمتها حية، يأخذ الورثة منه ثلثي الشاة مذبوحة، فصار كأنه باعها[١] بذلك وقضى دَيْناً عليه بثلثي الشاة، فعليه أن يتصدق بذلك القدر.

وقال بعضُهم: لا شيء عليه إلاَّ ثلثي قيمتها مذبوحة؛ لأَن الورثة لما أخذوا ثلثيها مذبوحة فقد أبرءوا الموهوب له من فضل ما بين ثلثي قيمتها حية إلى ثلثي قيمتها مذبوحة، فلا يجب على الموهوب له إلا ثلثا قيمتها مذبوحة.

وهكذا ذكر في نوادر الضحايا عن محمد (عليه الرحمة) في هذه المسألة أن الورثة بالخيار إن شاءوا ضمنوا ثلثي قيمة الشاة وسلموا له لحمها، وإن شاءوا أخذوا ثلثي لحمها، وكانوا شركاءه فيها، فإن ضمنوا ثلثي القيمة أجزأت عنه الأضحية، وإن شاركوه فيها وأخذوا ثلثي لحمها، فعليه أن يتصدق بثلثي قيمتها مذبوحةً، وقد أجزأت عنه من قبل أنه ذبحها وهو يملكها، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

فصل فيما يستحب قبل الأضحية وعندها وبعدها وما يكره

وأما بيان ما يستحب قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره.

أما الذي هو قبل التضحية فيستحب أن يربط الأضحية قبل أيام النحر بأيام، لما فيه من الاستعداد للقربة، وإظهار الرغبة فيها، فيكون له فيه أجر وثواب، وأن يقلدها ويجللها اعتباراً بالهدايا، والجامع أن ذلك يشعر بتعظيمها، قال الله (تعالى): ﴿ذَٰلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى الْقُلُوبِ﴾ [الحج: ٣٢] وأن يسوقها إلى المنسك[٢] سوقاً جميلاً، لا عنيفاً، وألا يجر برجلها إلى المذبح؛ كما ذكرنا في «كتاب الذبائح».

ولو اشترى شاة للأضحية فيكره أن يحلبها أو يجز صوفها فينتفع به؛ لأنه عينها للقربة، فلا يحل له الانتفاع بجزء من أجزائها قبل إقامة القربة فيها، كما لا يحل له الانتفاع بلحمها إذا ذبحها قبل وقتها، ولأن الحلب والجز يوجب نقصاً فيها، وهو ممنوعٌ عن إدخال النقص في الأضحية.

ومن المشايخ من قال: هذا في الشاة المنذور بها بعينها من المعسر أو الموسر، أو الشاة المشتراة للأضحية من المعسر.

فأما المشتراة من الموسر للأضحية، فلا بأس أن يحلبها ويجز صوفها؛ لأن في الأول

---

(١) في أ: ذبحها.

(٢) في أ: النسك.

تعينت الشاة لوجوب التضحية بها؛ بدليل أنه لا تقوم التضحية بغيرها مقامها، وإذا تعينت لوجوب التضحية بها بتعيينه لا يجوز له الرجوع في جزء منها، وفي الثاني لم تتعين / ١/٢٩٧ ب للوجوب، بل الواجب في ذمته، وإنما يسقط بها ما في ذمته بدليل أن غيرها يقوم مقامها، فكانت جائزة الذبح لا واجبة الذبح.

والجواب على نحو ما ذكرنا فيما تقدم؛ أن المشتراة للأضحية متعينة للقربة إلى أن يقام غيرها مقامها، فلا يحل الانتفاع بها ما دامت متعينة، ولهذا لا يحل له لحمها إذا ذبحها قبل وقتها.

فإن كان في ضرعها لبنٌ وهو يخاف عليها إن لم يحلبها، نضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص اللبن، لأنه لا سبيل إلى الحلب، ولا وجه لابقائها كذلك؛ لأنه يخاف عليها الهلاك، فيتضرر به، فتعين نضح الضرع بالماء البارد لينقطع اللبن، فيندفع الضرر، فإن حلب تصدق باللبن، لأنه جزء من شاة متعينة للقربة ما أقيمت فيها القربة، فكان الواجب هو التصدق به، كما لو ذبحت قبل الوقت [وإن شربه][1] فعليه أن يتصدق بمثله؛ لأنه من ذوات الأمثال، وإن تصدق بقيمته جاز؛ لأن القيمة تقوم مقام العين.

وكذلك الجواب في الصوف والشعر والوبر، ويكره له بيعها لما قلنا، ولو باع جاز في قول أبي حنيفة ومحمد (عليهما الرحمة)؛ لأنه بيع مال مملوك منتفع به مقدور التسليم وغير ذلك من الشرائط فيجوز.

وعند أبي يوسف (رحمه الله) لا يجوز؛ لما روي عنه أنه بمنزلة الوقف ولا يجوز بيع الوقت، ثم إذا جاز بيعها على أصلهما فعليه مكانها مثلها أو أرفع منها فيضحي بها، فإن فعل ذلك فليس عليه شيءٌ آخر.

وإن اشترى دونها فعليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين، ولا ينظر إلى الثمن، وإنما ينظر إلى القيمة، حتى لو باع الأولى بأقل من قيمتها واشترى الثانية بأكثر من قيمتها، وثمن الثانية أكثر من ثمن الأولى، يجب عليه أن يتصدق بفضل قيمة الأولى، فإن ولدت الأضحية ولداً يذبح ولدها مع الأم، كذا ذكر في الأصل، وقال أيضاً وإن باعه يتصدق بثمنه؛ لأن الأم تعينت للأضحية، والولدُ يحدث على وصف الأم في الصفات الشرعية، فيسري إلى الولد كالرق والحرية.

ومن المشايخ من، قال: هذا في الأُضحية الموجبة بالنذر [أو ما هو في معنى النذر][2]؛

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

كالفقير إذا اشترى شاة للأضحية، فأما الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فولدت لا يتبعها ولدها؛ لأَن في الأَول تعين الوجوب فيسري إلى الولد، وفي الثاني لم يتعين لأَنه لا تجوز التضحية بغيرها؛ فكذا ولدها.

وذكر القدوري (رحمه الله) وقال: كان أصحابنا يقولُون: يجب ذبح الولد، ولو تصدق به جاز؛ لأن الحق لم يسر إليه، ولكنه متعلق به، فكان كجلالها وخطامها فإن ذبحه تصدق بقيمته، وَإِن باعه تصدق بثمنه ولا يبيعه ولا يأكله، وقال بعضهم لا ينبغي له أن يذبحه، وقال بعضُهم أنه بالخيار إن شاء ذبحه أيام النحر وأكل منه كالأُمِّ، وَإِنْ شاء تصدق به، فإن أمسك الولد حتى مضت أيام النحر تصدق به؛ لأنه فات ذبحه، فصار كالشاة المنذورة.

وذكر في المنتقى إذا وضعت الأُضحية فذبح الولد يوم النحر قبل الأُم، أجزأه، فَإِنْ تَصَدَّقَ به يوم الأَضحى قبل أن يعلم، فعليه أن يتصدق بقيمته.

قال القدوري (رحمه الله): وهذا على أصل محمد (عليه الرحمة) أن الصغار تدخل في الهدايا ويجب ذبحها، ولو ولدت الأضحية تعلق بولدها من الحكم ما يتعلق بها، فصار كما لو فات بمضي الأيام، ويكره له ركوبُ الأضحية واستعمالها والحمل عليها، فإن فعل فلا شيءَ عليه، إلا أن يكون نقصها ذلك، فعليه أن يتصدق بنقصانها.

ولو آجرها صاحبها ليحمل عليها، قال بعضُ المشايخ: يَنْبَغِي أن يغرم ما نقصها الحملُ، فإنه ذكر في المنتقى في رجل أهدى ناقةً، ثم آجرها، ثم حمل عليها، فإن صاحبها يغرم ما نقصها ذلك، ويتصدق بالكراء؛ كذا ههنا.

وأما الذي هو في حال التضحية، فبعضُها يرجع إلى نفس التضحية، وبعضها يرجع إلى من عليه التضحية، وبعضها يرجع إلى الأضحية، وبعضها يرجع إلى وقت التضحية، وبعضُها يرجع إلى آلة التضحية.

أما الذي يرجع إلى نفس التضحية فما ذكرنا في «كتاب الذبائح» وهو أن المستحب هو الذبح في الشاة والبقر والنحر في الإبل، ويكره القلب من ذلك وقطع العروق الأربعة كلها، والتذفيف في ذلك وأن يكون الذبح من الحلقوم لا من القفا.

وأما الذي يرجع إلى من عليه التضحية، فالأفضل أن يذبح بنفسه إن قدر عليه؛ لأنه قربة، فمباشرتها بنفسه أفضل من توليتها غيره؛ كسائر القربات.

والدليل عليه ما روي أن رسول الله ﷺ ساق مائة بدنة فنحر منها نيِّفاً وستين بيده الشريفة

(عليه الصلاة والسلام) ثم أعطى المدية[١] سيدنا عليًا (رضي الله عنه) فنحر الباقين[٢]، وهذا إذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدر عليه، فأما إذا لم يحسن فتوليته غيره فيه أولى.

وقد روي عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) أنه قال: نحرتُ بدنة قائمةً معقولةً فلم أشق عليها، فكدت أهلك ناساً؛ لأنها نفرت فاعتقدت / أن لا أنحرها إلاَّ باركة معقولة، وأولي من هو أقدر على ذلك مني. ٢٩٨/١ أ

وفي حديث أنس (رضي الله عنه) أَنَّ النبي (عليه الصلاة والسلام) ضحى بكبشين أملحين أقرنين، قال أنس: فرأيتُ النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) واضعاً قدمه على صفاحهما، أي: على جوانب عنقهما. وهو يذبحهما بيده (عليه الصلاة والسلام) مستقبل القبلة فذبح الأول، فقال: «بِسْمِ اللَّهِ، وَاللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُمَّ هٰذَا عَنْ مُحَمَّدٍ وَعَنْ آلِ مُحَمَّدٍ»، ثم ذبح الآخر، وقال (عليه الصلاة والسلام): «اللَّهُمَّ هٰذَا عَمَّنْ شَهِدَ لَكَ بِالتَّوْحِيدِ وَشَهِدَ لِي بِالبَلَاغِ»[٣].

---

(١) في أ: الحربة.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٥٥٧) كتاب الحج: باب يتصدق بجلال البدن حديث (١٧١٨) ومسلم (٢/ ٩٥٤) كتاب الحج: باب في الصدقة بلحوم الهدي حديث (١٣٦٧/٣٤٨) وأبو داود (١٧٦٩) وابن ماجه (٣٠٩٩) والدارمي (١/ ٣٩٩) وابن الجارود في «المنتقى» (٤٨٢) وابن خزيمة (٤/ ٢٩٥) والبيهقي (٩/ ٢٩٤).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ١١٥) والبخاري (١٠/ ١٨) كتاب الأضاحي، باب من ذبح الأضاحي بيده حديث (٥٥٥٨) ومسلم (٣/ ١٥٥٦ ـ ١٥٥٧) كتاب الأضاحي، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة حديث (١٧، ١٨/ ١٩٦٦) وأبو داود (٣/ ٢٣٠) كتاب الضحايا باب ما يستحب من الضحايا، حديث (٢٧٩٤) والترمذي (٤/ ٨٤) كتاب الأضاحي، باب ما جاء في الأضحية بكبشين حديث (١٤٩٤) والنسائي (٧/ ٢٢٠) كتاب الضحايا، باب الكبش. وابن ماجه (٢/ ١٠٤٣) كتاب الأضاحي، باب أضاحي رسول الله ﷺ حديث (٣١٢٠). والدارمي (٢/ ٧٥) كتاب الأضاحي، باب السنة في الأضحية والطيالسي (١/ ٢٢٩ ـ منحة) رقم (١١٠٦) وابن الجارود رقم (٩٠٢) وأبو يعلى (٥/ ٢٥٨) رقم (٢٨٧٧) وعبد الرزاق (٤/ ٣٧٩) رقم (٨١٢٩) وابن خزيمة (٤/ ٢٨٦) رقم (٢٨٩٥) والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ٦١٧ ـ بتحقيقنا) من طرق عن قتادة عن أنس أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين أقرنين فرأيته واضعاً قدميه على صفاحهما يسمي ويكبر فذبحهما بيده..... وقال الترمذي: حسن صحيح.
وأخرجه البخاري (١٠/ ١٢) كتاب الأضاحي، باب أضحية النبي ﷺ بكبشين أقرنين حديث (٥٥٥٤) وأحمد (٣/ ٢٦٨) وأبو داود (٢/ ١٠٤) كتاب الضحايا، باب ما يستحب من الضحايا حديث (٢٧٩٣) والنسائي (٧/ ٢٢٠) كتاب الضحايا، باب الكبش والبيهقي (٩/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣) كتاب الضحايا، باب ما يستحب أن يضحى به من الغنم وأبو يعلى (٥/ ١٨٨) رقم (٢٨٠٦) من طرق عن أيوب عن أبي قلابة عن أنس به.
وأخرجه البخاري (١٠/ ١١ ـ ١٢) كتاب الأضاحي، باب أضحية النبي ﷺ بكبشين أقرنين حديث (٥٥٥٣) وأحمد (٣/ ٢٨١) والنسائي (٧/ ٢١٩) كتاب الضحايا: باب الكبش والدارقطني (٤/ ٢٨٥) رقم =

....

= (٥٢) من طريق عبد العزيز بن صهيب عن أنس به.
وأخرجه أحمد (٣/١٧٨) والنسائي (٧/٢١٩ ـ ٢٢٠) من طريق ثابت البناني عن أنس به.
وفي الباب عن عائشة وجابر وأبي طلحة وأبي سعيد الخدري.
ـ حديث عائشة:
أخرجه أحمد (٦/٧٨) ومسلم (٣/١٥٥٧) كتاب الأضاحي: باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة حديث (١٩/١٩٦٧) وأبو داود (٢/١٠٣ ـ ١٠٤) كتاب الضحايا: باب ما يستحب من الضحايا والبيهقي (٩/٢٧٢) كتاب الضحايا: باب ما يستحب أن يضحى به من الغنم من طريق عروة بن الزبير عنها.
ـ حديث جابر:
أخرجه أبو داود (٢/١٠٨) كتاب الضحايا: باب في الشاه يضحى بها عن جماعة حديث (٢٨١٠) والترمذي (٤/٨٥) كتاب الأضاحي: باب (٢٢) رقم (١٥٢١) والدارقطني (٤/٢٨٥) والحاكم (٤/٢٢٩) والبيهقي (٩/٢٤٦) كتاب الضحايا: باب الأضحية سنة من طريق يعقوب بن عبد الرحمن عن عمرو بن أبي عمرو عن المطلب عن جابر به.
وقال الترمذي: حديث غريب من هذا الوجه..... والمطلب بن حنطب يقال إنه لم يسمع من جابر.
أما الحاكم فقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
ـ حديث آخر:
أخرجه أبو يعلى (٣/٣٢٧) رقم (١٧٩٢) والبيهقي (٩/٢٦٨) من طريق عبد الله بن محمد بن عقيل عن عبد الرحمن بن جابر عن جابر بن عبد الله قال: إن رسول الله ﷺ أتى بكبشين أقرنين أملحين عظيمين موجوءين فأضجع أحدهما وقال: بسم الله والله أكبر اللهم عن محمد وآل محمد ثم أضجع الآخر فقال: بسم الله والله أكبر عن محمد وأمته من شهد لك بالتوحيد وشهد لي بالبلاغ». وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/٢٥) وقال: رواه أبو يعلى وإسناده حسن.
وأخرجه أحمد (٦/٣٩١ ـ ٣٩٢) من طريق عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن علي بن الحسين عن أبي رافع به وأخرجه ابن ماجه (٢/١٠٤٣ ـ ١٠٤٤) كتاب الأضاحي: باب أضاحي رسول الله ﷺ (٣١٢٢) وأحمد (٦/٢٢٠) والحاكم (٤/٢٢٧ ـ ٢٢٨) من طريق سفيان الثوري عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن أبي سلمة عن عائشة أو عن أبي هريرة به.
قال البوصيري في «الزوائد» (٣/٤٩): هذا إسناد حسن عبد الله بن محمد مختلف فيه.
ـ حديث آخر عن جابر:
أخرجه أبو داود (٣/٩٥) كتاب الضحايا: باب ما يستحب من الضحايا حديث (٢٧٩٥) وابن ماجه (٢/١٠٤٣) كتاب الأضاحي: باب أضاحي رسول الله ﷺ رقم (٣١٢١) والدارمي (٢/٧٥) كتاب الأضاحي، باب السنة في الأضحية من طريق ابن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي عياش الزرقي عن جابر قال: ضحى رسول الله ﷺ يوم عيد بكبشين.....
ـ حديث أبي طلحة:
أخرجه أبو يعلى (٣/١١ ـ ١٢) رقم (١٤١٧) من طريق إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أبي طلحة أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين فقال: عند الذبح الأول عن محمد وآل محمد وقال عند الذبح الثاني =

ويستحب أن يكون الذابح حال الذبح متوجهاً إلى القبلة لما رويا، وإذا لم يذبح بنفسه يستحب له أن يأمر مسلماً، فإن أمر كتابيًا يكره لما قلنا[١]، ويستحب أن يحضر الذبح لما روي عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنَّ النبي (عليه السلام) قال لسيدتنا فاطمة (رضي الله عنها): «يَا فَاطِمَةُ بِنْتَ مُحَمَّدٍ، قُومِي فَاشْهَدِي ضَحِيَّتِكِ[٢]؛ فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَكِ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ تُقْطُرُ مِنْ دَمِهَا، مَغْفِرَةً لِكُلِّ ذَنْبٍ، أَمَا إِنَّهُ يُجَاءُ بِدَمِهَا وَلَحْمِهَا فَيُوضَعُ فِي مِيزَانِكِ وَسَبْعُونَ ضِعْفاً»، فقال أبو سعيد الخدري (رضي الله عنه): يا نبي الله، هذا لآلِ محمد خَاصَّةً فإنهم أهل لما خصوا به من الخير، أم لآل محمد [خاصة][٣] وللمسلمين عامَّةً؟ فقال: «هٰذَا لآلِ مُحَمَّدٍ خَاصَّةً وَلِلْمُسْلِمِينَ عَامَّةً»[٤].

وفي حديث عمران بن الحُصَين (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا فَاطِمَةُ،

= عمن آمن بي وصدق من أمتي. وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥) وقال: رواه أبو يعلى والطبراني في الكبير والأوسط من رواية إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن جده ولم يدركه وبقية رجاله رجال الصحيح.

- حديث أبي سعيد الخدري:

أخرجه أبو داود (٣/ ٩٥) كتاب الضحايا: باب ما يستحب من الضحايا (٢٧٩٦) والترمذي (٤/ ٧٢) كتاب الأضاحي: باب ما يستحب من الأضاحي (١٤٩٦) والنسائي (٧/ ٢٢١) كتاب الضحايا: باب الكبش وابن ماجه (٢/ ١٠٤٦) كتاب الأضاحي: باب ما يستحب من الأضاحي (٣١٢٨) عنه قال: ضحى رسول الله ﷺ بكبش أقرن فحيل.....

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب.

(١) في أ: بينا.

(٢) في أ: أضحيتك.

(٣) سقط من ط.

(٤) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٢٢) كتاب الأضاحي، والبزار (٢/ ٥٩ - كشف) رقم (١٢٠٢) من طريق عمرو بن قيس عن عطية العوفي عن أبي سعيد مرفوعاً.

وقال البزار: لا نعلم له طريقاً عن أبي سعيد أحسن من هذا وعمرو بن قيس كان من عباد أهل الكوفة وأفاضلهم ممن يجمع أحاديثه وكلامه.

وسكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبي فقال: عطية واه. وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٠) وقال: رواه البزار وفيه عطية بن قيس وفيه كلام كثير وقد وثق.

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٣٨ - ٣٩): فسمعت أبي يقول هذا حديث منكر.

وللحديث شاهد من حديث عمران بن حصين.

أخرجه الحاكم (٤/ ٢٢٢) من طريق أبي حمزة الثمالي عن سعيد بن جبير عن عمران بن حصين مرفوعاً.

وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

وتعقبه الذهبي فقال: بل أبو حمزة ضعيف جداً وإسماعيل ليس بذاك.

قُومِي فَاشْهَدِي أُضْحِيَتَكِ، فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَكِ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ تَقْطُرُ مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ عَمِلْتِيهِ، وَقُولِي: إِنَّ صَلاَتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ، لاَ شَرِيكَ لَهُ»[١] وأن يدعو فيقول: اللهم [هذا][٢] منك، ولك [إن][٣] صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له، وبذلك أمرت وأنا من المسلمين، لما روينا، وأن يقول ذلك قبل التسمية أو بعدها، لما روي عن جابر (رضي الله عنه) قال: ضحَّىٰ رسولُ الله ﷺ بكبشين فقال حين وجههما: «وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ حَنِيفاً مُسْلِماً، اللَّهُمَّ مِنْكَ وَلَكَ عَنْ مُحَمَّدٍ وَأُمَّتِهِ، بِسْمِ اللَّهِ، وَاللَّهُ أَكْبَرُ»[٤].

وروي عن الحسن بن المعتمر[٥] الكناني قال: خرجتُ مع سيدنا علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) يوم «الأضحى» إلى عيد، فلما صلى قال: يا قنبر أَدْنِ مني أحد الكبشين، فأخذ بيده فأضجعه، ثم قال: وجهتُ وجهي للذي فطرَ السموات والأرض حنيفاً، وما أنا من المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رَبِّ العالمين، لا شريك له وبذلك أمرتُ وأنا من المسلمين، بسم اللَّهِ اللَّهُمَّ منك وَلَكَ، بسم الله، والله أكبرُ، اللَّهُمَّ تقبل من عليٍّ، فذبحه، ثم دعا بالثاني ففعل به مثل ذلك.

ويستحب أن يجرد التسمية عن[٦] الدعاء، فلا يخلط معها دعاء، وإنما يدعو قبل التسمية أو بعدها، ويكره حالة التسمية.

وأما الذي يرجع إلى الأُضحية: فالمستحب أن يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها؛ لأنها مطية الآخرة، قال (عليه الصلاة والسلام): «عَظِّمُوا ضَحَايَاكُمْ فَإِنَّهَا عَلَى الصِّرَاطِ مَطَايَاكُمْ»[٧] ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أَقْدَرُ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في ط: المعتم.

(٦) في أ: عند.

(٧) ذكره الحافظ في «التلخيص» (٤/ ٢٥٠ ـ ٢٥١) وقال: لم أره، وسبقه إليه في الوسيط، وسبقهما في النهاية، وقال معناه: إنها تكون مراكب المضحين، وقيل: إنها تسهل الجواز على الصراط، قال ابن الصلاح: هذا الحديث غير معروف ولا ثابت فيما علمناه، انتهى. وقد أشار ابن العربي إليه في شرح الترمذي بقوله: ليس في فضل الأضحية حديث صحيح.
ومنها قوله: «إنها مطاياكم إلى الجنة». قلت: أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن المبارك، عن يحيى بن عبيد الله بن موهب، عن أبيه، عن أبي هريرة رفعه: «استفرهوا ضحاياكم، فإنها مطاياكم على الصراط». ويحيى ضعيف جداً.

وأفضل الشاء أن يكون كبشاً أملح أقرن موجوأ؛ لما روى جابر (رضي الله عنه) أن رسولَ الله ﷺ ضحى بكبشين أملحين أقرنين موجوأين عظيمين سمينين[١]، والأقرن: العظيم القرن، والأملح الأبيض، وروي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «دَمُ الْعَفْرَاءِ يَعْدِلُ عِنْدَ اللَّهِ مِثْلَ دَمِ السودَاوينَ، وَإِنّ أَحْسَنَ اللَّوْنِ[٢] عِنْدَ اللَّهِ البَيَاضُ [وَإِن][٣] وَاللَّهَ خَلَقَ الجَنَّةَ بَيْضَاءَ»[٤]، والموجوء قيل هو: مدقوق الخصيتين، وقيل هو الخصي؛ كذا روي عن أبي حنيفة (رحمه الله)؛ فإنه روي عنه أنه سئل عن التضحية بالخصي، فقال: ما زاد في لحمه أنفع مما ذهب من خصيتيه.

وأما الذي يرجع إلى وقت التضحية: فالمستحب هو اليوم الأول من أيام النحر؛ لما روينا عن جماعة من الصحابة (رضي الله عنهم) أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة: أولها أفضلُها؛ ولأنه مسارعة إلى الخير، وقد مدح الله (جلَّ شأنه) المسارعين إلى الخيرات السابقين لها؛ بقوله (عزَّ شأنه): ﴿أُولَئِكَ يُسَارِعُونَ فِي الخَيْرَاتِ وَهُمْ لَهَا سَابِقُونَ﴾ [المؤمنون: ٦١] وقال (عزَّ شأنه): ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [آل عمران: ١٣٣] أي: إلى سبب المغفرة؛ ولأن الله (جلَّ شأنه) أضاف عبادة في هذه الأيام بلحوم القرابين، فكانت التضحية في أول الوقت من باب سرعة الإجابة إلى ضيافة الله (جلَّ شأنه).

والمستحب أن تكون بالنهار، ويكره أن تكون بالليل؛ لما ذكرنا في «كتاب الذبائح» «والصيود»، وأفضل وقتٍ[٥] التضحية لأهل السواد ما بعد طلوع الشمس؛ لأن عنده يتكامل آثار أول النهار، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) في أ: الذي.

(٣) سقط من ط.

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٤١٧) والحاكم (٤/ ٢٢٧) والبيهقي (٩/ ٢٧٣) من طريق أبي ثفال عن رباح بن عبد الرحمن عند أبي هريرة مرفوعاً وسكت عنه الحاكم والذهبي وأبو ثفال ورباح كلاهما قال فيه الحافظ مقبول: يعني عند المتابعة وإلا فلينان كما نص على ذلك الحافظ في مقدمة التقريب وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١) وقال: رواه أحمد وفيه أبو ثفال، قال البخاري فيه نظر ا.هـ .
وللحديث شاهد من حديث كبيرة بنت سفيان بنحوه.
أخرجه الطبراني في «الكبير» (٢٥/ ١٦) رقم (٩) وأبو نعيم في «حلية الأولياء» (٧/ ١٢٢) وللحديث شاهداً أيضاً من حديث ابن عباس أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١٢٠١) من طريق حمزة النصيبي عن عمرو بن دينار عنه ابن عباس مرفوعاً.
وحمزة النصيبي. كان يضع الحديث وينظر «التلخيص» (٤/ ٢٥٩).

(٥) في ط: وأفضل من وقت.

وأما الذي يرجع إلى آلة التضحية فما ذكرنا في «كتاب الذبائح»، وهو أن تكون آلة الذبح حادة من الحديد.

٢٩٨/ب وأما الذي هو بعد الذبح فالمستحب أن / يتربص بعد الذبح قدر ما يبرد ويسكن من جميع أعضائه. وتزول الحياة عن جميع جسده، ويكره أن ينفع ويسلخ قبل أن يبرد؛ لما ذكرنا في «كتاب الذبائح».

ولصاحب الأضحية أن، يأكل من أضحيته؛ لقوله (تعالى): ﴿فَكُلُوا مِنْهَا﴾ [الحج:٢٨] ولأَنه ضيف الله (جلَّ شأنه) في هذه الأيام كغيره، فله أن يأكل من ضيافةِ الله (عزَّ شأنه)، وجملة الكلام فيه أن الدماء أنواع ثلاثة: نوعٌ يجوز لصاحبه أنْ يأكل منه بالإِجماع، ونوع لا يجوزُ له أن يأكل منه بالإِجماع، ونوع اختلف فيه.

فالأول دم الأضحية، نقلاً كان أو واجباً، منذوراً كان أو واجباً مبتدأ.

والثاني: دَمُ الإِحصارِ، وجزاءُ الصيدِ، ودمُ الكفارةِ الواجبة بسبب الجناية على الإِحرام، كحلق الرأس ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنايات، وَدَمُ النذرِ بالذبح.

والثالث: دَمُ المتعة والقران، فعندنا يؤكل، وعند الشافعي (رحمه الله) لا يؤكل، وهي من مسائل المناسك، ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح، إذ لو وجب عليه التصدق لما جاز له أن يأكلِ منه، وَكُلُّ دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح، إذ لو لم يجب لأَدَّىٰ إلى التسييب، ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين جميعاً.

أما في النوع الأول فظاهر، وأما في الثاني فلأَنه هلك من[1] غير صنعة، فلا يكون مضموناً عليه، وإِن استهلكه بعد الذبح إن كان من النوع الثاني يغرم قيمته؛ لأنه أتلف مالاً متعيناً للتصدق به فيغرم قيمته ويتصدق بها، وإِن كان من النوع الأَول لا يغرم شيئاً، ولو باعه نفذ بيعه، سواء كان من النوع الأَول أو الثاني، فعليه أن يتصدق بثمنه.

ويستحب له أن يأكل من أضحيته؛ لقوله (تعالى عزَّ شأنه): ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج:٢٨].

وروي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إِذَا ضَحَّىٰ أَحَدُكُمْ فَلْيَأْكُلْ مِنْ أُضْحِيَتِهِ

(١) في ط: عن.

وَيُطْعِمْ مِنْهُ غَيْرَهُ»(١) وروي عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه قال لغلامه «قنبر» حين ضحى بالكبشين: «يا قنبر»، خُذْ لي مِنْ كُلِّ واحدٍ منهما بضعة وتصدَّق بهما بجلودهما وبرؤوسهما وبأكارعهما، والأفضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لأقاربه وأصدقائه ويدخر الثلث؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا القَانِعَ وَالمُعْتَرَّ﴾ [الحج:٣٦]، وقوله (عزَّ شأنه): ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا البَائِسَ الفَقِيرَ﴾ [الحج:٢٨].

وقول النبي (عليه الصلاة والسلام): «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ لُحُومِ الأَضَاحِي، فَكُلُوا مِنْهَا وَادَّخِرُوا»(٢) فثبت بمجموع الكتاب العزيز والسنة أن المستحب ما قلنا؛ ولأنه يوم ضيافة الله

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٩١) وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٨) وقال: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح. وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٤١ ـ ٤٢) سألت أبي عن حديث رواه شاذان الأسود بن عامر عن حسن بن صالح عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: إذا ضحى أحدكم فليأكل من أضحيته قيل لأبي زرعة وقد رواه بعض الناس بهذا عن الحسن بن صالح فقال عن ابن أبي ليلى عن عطاء أن النبي ﷺ مرسل قال أبي هذا الصحيح. اهـ.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٤٨٤) كتاب الضحايا: باب ادخار لحوم الأضاحي حديث (٧) ومن طريقه مسلم (٣/ ١٥٦) كتاب الأضاحي: باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء حديث (٢٨/ ١٩٧١) وأبو داود (٢/ ١٠٨ ـ ١٠٩) كتاب الأضاحي: باب في حبس لحوم الأضاحي رقم (٢٨١٢) والنسائي (٧/ ٢٣٥) كتاب الأضاحي: باب الادخار من الأضاحي (٤٤٣١) وأحمد (٦/ ٥١) والبيهقي (٩/ ٢٩٣) عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة قالت: دفَّ أهل أبيات من أهل البادية حضره الأضحى زمان رسول الله ﷺ فقال: «ادخروا ثلاثاً ثم تصدقوا بما بقي». فلما كان بعد ذلك قالوا: يا رسول الله إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم ويحملون منها الودك. فقال: «وما ذاك» قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث. فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافة، فكلوا وادخروا وتصدقوا».
وأخرجه الدارمي (٢/ ٧٩) كتاب الأضاحي: باب في لحوم الأضاحي من طريق محمد بن إسحاق عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة عن عائشة بنحوه. وأخرجه البخاري (١٠/ ٢٦) كتاب الأضاحي: باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها حديث (٥٥٧٠) والبيهقي (٩/ ٢٩٣) من طريق يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت: الضحية كنا نملح منه فنقدم به إلى النبي ﷺ بالمدينة فقال: لا تأكلوا إلا ثلاثة أيام وليست بعزيمة ولكن أراد أن نطعم منه.
وأخرجه البخاري في كتاب الأطعمة: باب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم (٥٤٢٣) وأحمد (٦/ ١٢٧ ـ ١٢٨) والنسائي (٧/ ٢٣٥ ـ ٢٣٦) كتاب الأضاحي: باب الإدخار من الأضاحي (٤٤٣٣) والبيهقي (٩/ ٢٩٢) من طريق عبد الرحمن بن عابس عن أبيه قال: قلت لعائشة: أنهى النبي ﷺ أن تؤكل لحوم الأضاحي فوق ثلاث قالت: ما فعله إلا في عام جاع الناس فيه فأراد أن يطعم الغني الفقير وإن كنا لنرفع الكُراع فنأكله بعد خمسة عشرة قيل: ما اضطركم إليه: فضحكت قالت: ما شبع آل محمد ﷺ من خبز بر مأدوم ثلاثة أيام حتى لحق بالله.
وأخرجه الترمذي (٤/ ٧٩) كتاب الأضاحي: باب في الرخصة في أكلها بعد ثلاث (١٥١١) عن عابس بن =

....

= ربيعة قال: لت لأم المؤمنين: أكان رسول الله ﷺ ينهى عن لحوم الأضاحي؟ قالت: لا ولكن قلَّ من كان يضحي من الناس فأحب أن يطعم من لم يكن يضحي فلقد كنا نرفع الكراع فنأكله بعد عشرة أيام.
وقال الترمذي: هذا حديث صحيح وأم المؤمنين هي عائشة زوج النبي ﷺ وقد روي عنها هذا الحديث من غير وجه. وفي الباب عن جماعة من الصحابة وهم أبو سعيد الخدري وسلمة بن الأكوع وجابر وثوبان وبريدة.
حديث أبي سعيد الخدري:
أخرجه البخاري (١٠/ ٢٦) كتاب الأضاحي: باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها حديث (٥٥٦٨) والنسائي (٧/ ٢٣٣) كتاب الأضاحي: باب (٢٦) من طريق يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد عن ابن خباب أن أبا سعيد الخدري قدم من سفر فقدم إليه أهله لحماً من لحوم الأضاحي فقال: ما أنا بآكله حتى أسأل فانطلق إلى أخيه لأمه قتادة بن النعمان وكان بدرياً فسأله عن ذلك فقال: إنه قد حدث بعدك أمر نقضاً لما كانوا نهوا عنه من أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاثة أيام.
وأخرجه مسلم (٣/ ١٥٦٢) كتاب الأضاحي: باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث وبيان نسخه (٣٣/ ١٩٧٣) وأحمد (٣/ ٨٥) وأبو يعلى (٢/ ٤١١) رقم (١١٩٦) من طريق أبي نضرة عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: يا أهل المدينة لا تأكلوا لحوم الأضاحي فوق ثلاث فشكوا إلى رسول الله ﷺ أن لهم عيالاً وحشماً وخدماً فقال: كلوا وأطعموا وادخروا.
ـ وللحديث طريق آخر عن أبي سعيد:
أخرجه أحمد (٣/ ٢٣) والنسائي (٧/ ٢٣٤) كتاب الأضاحي: باب (٢٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٨٦ ـ ١٨٧) وأبو يعلى (٢/ ٢٨١) رقم (٩٩٧) من طريق سعد بن إسحاق قال: حدثتني زينب بنت كعب عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام ثم رخص أن نأكل وندخر قال: فقدم قتادة بن النعمان أخو أبي سعيد فقدموا إليه قديد الأضحى فقال: كأن هذا من قديد الأضحى قالوا: نعم. قال: أليس قد نهى عنه رسول الله ﷺ قال أبو سعيد: بلى إنه قد حدث فيه أمر كان نهانا عنه أن نحبسه فوق ثلاثة أيام ورخص لنا أن نأكل وندخر.
ـ حديث سلمة بن الأكوع:
أخرجه البخاري (١٠/ ٢٦) كتاب الأضاحي: باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها حديث (٥٥٦٩) ومسلم (٣/ ١٥٦٣) كتاب الأضاحي: باب بيان النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث وبيان نسخه حديث (٣٤/ ١٩٧٤) عنه قال: قال رسول الله ﷺ: من ضحى منكم فلا يصبحن في بيته بعد ثالثة شيئاً فلما كان في العام المقبل قالوا: يا رسول الله نفعل كما فعلنا عام أول فقال: لا إن ذاك عام كان الناس فيه بجهد فأردت أن يفشوا فيهم.
ـ حديث جابر:
أخرجه البخاري (١٠/ ٢٦) كتاب الأضاحي: باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها حديث (٥٥٦٧) ومسلم (٣/ ١٥٦٢) كتاب الأضاحي: باب بيان النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث وبيان نسخه حديث (٣٠، ٣١/ ١٩٧٢) وأحمد (٣/ ٣١٧، ٣٧٨) والدارمي (٢/ ٨٠) كتاب الضحايا: باب في لحوم الأضاحي والبيهقي (٩/ ٢٩١) من طريق عطاء عن جابر قال: كنا لا نأكل من لحوم بدننا فوق ثلاث منى فأرخص لنا رسول الله ﷺ أن نتزود منها ونأكل منها. =

(عزَّ وجلَّ) بلحوم القرابين فيندب [إلى][1] اشراك الكل فيها، ويطعم الفقير والغني جميعاً؛ لكون الكل أضياف الله (تعالى عزَّ شأنه) في هذه الأيام، وله أن يهبه منهما جميعاً.

ولو تصدق بالكل جاز، ولو حبس الكل لنفسه جاز، لأَن القربة في الإِراقة.

وأما التصدق باللحم فتطوعٌ، وله أن يدخل الكل لنفسه فوق ثلاثة أيام، لأَن النهي عن ذلك كان في ابتداء الإِسلام، ثم نسخ بما روي عن النبي (عليه السلام) أنه قال: «إِنِّي كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ إِمْسَاكِ لُحُومِ الأَضَاحِي فَوْقَ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ، أَلاَ فَامْسِكُوا مَا بَدَا لَكُمْ»[2].

وروي أنه (عليه الصلاة والسلام) قال: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ لأَجْلِ الرأفَةِ دُونَ حَضْرَةِ الأَضْحَى، إلاَّ أَنَّ إِطْعَامَهَا وَالتَّصَدُّقِ [بها][3] أَفْضَلُ[4]، إلاَّ أَنْ يَكُونُ الرَّجُلُ ذَا عِيَالٍ وغير موسع الحال، فإن

= وفي رواية من هذا الوجه: كنا نتزود لحوم الهدي على عهد رسول الله ﷺ إلى المدينة.
وأخرجه مالك (٢/ ٤٨٤) كتاب الضحايا: باب إدخار لحوم الأضاحي حديث (٦) ومن طريقه مسلم (٣/ ١٥٦٢) كتاب الأضاحي: باب بيان النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث وبيان نسخه (٢٩/ ١٩٧٢) والنسائي (٧/ ٢٣٣) كتاب الأضاحي باب (٢٦) وأحمد / ٣/ ٣٨٨) والبيهقي (٩/ ٢٩١) عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ أنه نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد: «كلوا وتزودوا وادخروا».
ـ حديث ثوبان:
أخرجه مسلم (٣/ ١٥٦٣) كتاب الأضاحي: باب بيان النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث وبيان نسخه حديث (٣٥/ ١٩٧٥) وأحمد (٥/ ١٧٧) وأبو داود في حديث رقم (٢٨١٤) والنسائي في الكبرى (٢/ ٤٥٨) والبيهقي (٩/ ٢٩١) من طريق معاوية بن صالح عن أبي الزاهرية عن جبير بن نفير عن ثوبان قال: ذبح رسول الله ﷺ ضحيته ثم قال: يا ثوبان أصلح لحم هذه فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة.
وأخرجه مسلم (٣٦/ ١٩٧٥) والدارمي (٢/ ٧٩) كتاب الأضاحي: باب في لحوم الأضاحي من طريق عبد الرحمن بن جبير بن نفير عن أبيه عن ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: قال لي رسول الله ﷺ في حجة الوداع: «أصلح هذا اللحم فلم يزل يأكل منه حتى بلغ المدينة».
ـ حديث بريدة:
أخرجه مسلم (٣/ ١٥٦٣ ـ ١٥٦٤) كتاب الأضاحي: باب بيان النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث وبيان نسخه (٣٧/ ١٩٧٧) والنسائي (٧/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥) كتاب الأضاحي: باب (٢٦) والترمذي (٤/ ٧٩) كتاب الأضاحي: باب ما جاء في الرخصة في أكلها بعد ثلاث حديث (١٥١٠) من طريق ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث ليتسع ذوو الطول على من لا طول له فكلوا ما بدا لكم وأطعموا وادخروا».
وقال الترمذي: حسن صحيح.

(١) سقط من ط.
(٢) ينظر الحديث السابق.
(٣) سقط من ط.
(٤) تقدم وينظر الحديث السابق.

الأفضل له حينئذٍ أن يدعه لعياله ويوسع به عليهم؛ لأن حاجته وحاجة عياله مقدمة على حاجة غيره.

قال النبي (عليه الصلاة والسلام): «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِغَيْرِكَ»[١].

ولا يحل بيعُ: جلدَها، وشَحْمُها، ولحمُها، وأطرافها، ورأسها، وصوفها، وشعرَها، ووبرها، ولبنها الذي يحلبه منها بعد ذبحها ـ بشيءٍ لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه من الدراهم والدنانير والمأكولات والمشروبات، ولا أن يعطي أجر الجزار والذابح منها، لما رُوِيَ عَنْ رسولِ الله ﷺ أنه قال: «مَنْ بَاعَ جِلْدَ أُضْحِيَتِهِ، فَلاَ أُضْحِيَةَ لَهُ»[٢].

وروي أن النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) قال لعليٍّ (رضي الله عنه): «تَصَدَّقْ بِحلالِهَا[٣] وَخَطَامِهَا، وَلاَ تُعْطِي أَجْرَ الجَزَّارِ مِنْهَا». وروي عن سيدنا عليٍّ (كرم الله وجهه) أنه قال: «إذا ضحيتم فلا تبيعوا لحومَ ضحاياكم، ولا جلودها، وكلوا منها وتمتعوا»[٤]، ولأَنها من ضيافة الله (عزَّ شأنه) التي أضاف بها عباده، وليس للضيف أن يبيع من طعام الضيافة شيئاً، فإن باع شيئاً من ذلك [مما ذكرنا][٥] نفذ عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا ينفذ؛ لما ذكرنا فيما قبل الذبح ويتصدق بثمنه؛ لأن القربة ذهبت عنه فيتصدق به، ولأنه استفاده بسبب محظور وهو البيع، فلا يخلو عن خبث، فكان سبيله التصدق، وله أن ينتفع بجلد أضحيته في بيته بأن يجعله سقاء أو فروا أو غير ذلك، لما روي عن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أنها اتخذتْ من جلدِ أضحيتها سقاء.

ولأنه يجوز الانتفاع بلحمها؛ فكذا بجلدها.

وله / أن يبيعَ هذه الأشياء بما يمكنُ الانتفاع به مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ من متاع البيت كالجراب والمنخل، لأَن البدلَ الذي يمكن الانتفاعُ به مع بقاءِ عَيْنِهِ يقومُ مقام المبدل، فكان المبدل قائماً معنًى، فكان الانتفاعُ به كالانتفاع بعينِ الجلدِ، بخلاف البيع بالدراهم والدنانير؛ لأن ذلك مما لا يُمْكِنُ الانتفاعُ به مع بقاءِ عَيْنِهِ، فلا يقوم مقام الجلد، فلا يكون الجلد قائماً معنًى، والله (تعالى عزَّ شأنه) أعلم[٦].

٢٩٩/أ

(١) تقدم في كتاب الزكاة.

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٣٩٠) والبيهقي (٩/ ٢٩٤) وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٣) في أ: بلجامها.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) سقط من ط.

(٦) في أ: تم كتاب الأضحية والله أعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد وكان الفراغ من كتابته صبيحة يوم الثلاثاء مستهلاً سفر الخير سنة خمس وستين وتسعمائة على يد أفقر عباد الله وأحوجهم إلى عفوه.
إسماعيل بن محمد بن أبي الفتح الدنوشري الشافعي غفر الله له ولوالديه ولمن نظر فيه ودعا له بالمغفرة ولسائر المسلمين آمين. آمين. ويتلوه في المجلد الثاني كتاب النكاح.

كِتَابُ النَّذْرِ[1]

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في ثلاثة مواضع: في بيان ركن النذر، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم النذر.

أما الأول: فركن النذر: هو الصيغة الدالة عليه، وهو قوله: لله (عزَّ شأنه) عليّ كذا، أو عليّ كذا، أو هذا هدي، أو صدقة، أو مالي صدقة، أو ما أملك صدقة ونحو ذلك.

فصل [في شرائط ركن النذر]

وأما شرائط الركن فأنواع: بعضُها يتعلق بالناذر، وبعضُها يتعلق بالمنذور به، وبعضُها يتعلق بنفس الركن.

أما الذي يتعلق بالناذر فشرائط الأهلية، منها العقل، ومنها البلوغ، فلا يصح نذر المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن حكم النذر وجوب المنذور به، وهما ليسا من أهل الوجوب، وكذا الصبي العاقل؛ لأنه ليس من أهل وجوب الشرائع.

ألا ترى أنه لا يجب عليهما شيء من الشرائع بإيجاب الشرع ابتداءً، فكذا بالنذر، إذ الوجوب عند وجود الصيغة من الأهل في المجل بإيجاب الله (تعالى) لا بإيجاب العبد، إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب، وإنما الصيغة علم على إيجاب الله (تعالى).

ومنها: الإسلام، فلا يصح نذر الكافر حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به، وهو

---

(١) وهو ـ بذال معجمة ساكنة وحكي فتحها ـ لغة: الوعد بخير أو شر، وشرعاً: الوعد بخير خاصة، قاله الروياني والماوردي وقال غيرهما: التزام قربة لم تتعين.

والأصل فيه آيات، كقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وأخبار كخبر البخاري: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعْهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ فَلاَ يَعْصِهِ» وفي كونه قربة أو مكروهاً خلاف، والذي رجحه ابن الرفعة أنه قربة في نذر التبرر. دون غيره، وهذا أولى ما قيل فيه. ينظر: الاقناع (٢/ ٥٩٥، ٥٩٦) :لإشراف (٢/ ٣٣٩)، والاختيار (٤/ ٧٦) والكافي (١/ ٤٥٤) وأنيس الفقهاء (٣٠١).

ظاهر مذهب الشافعي (رحمه الله)؛ لأنَّ كون المنذور به قربة شرط صحة النذر، وفعل الكافر لا يوصف بكونه قربة.

وأما حرية الناذر فليستْ من شرائط الصحة، فيصح نذر المملوك، ثم إن كان المنذور به من القرب الدينية كالصلاة والصوم ونحوهم، يجب عليه للحال؛ ولو كان من القرب المالية كالإعتاق والإطعام ونحو ذلك، يجب عليه بعد العتاق؛ لأنه ليس من أهل الملك للحال، ولو قال: إن اشتريت هذه الشاة فهي هدي أو إن اشتريت هذا العبد فهو حر، فعتق، لم يلزمه حتى يضيفه إلى ما بعد العتق في قياس قول أبي حنيفة، وقد ذكرناه في «كتاب العتاق».

وأما الطواعية فليست بشرط عندنا؛ خلافاً للشافعي (رحمه الله) كما في اليمين؛ وكذا الجد والهزل، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

وأما الذي يرجع إلى المنذور به فأنواعٌ: منها أن يكون متصور الوجود في نفسه شرعاً، فلا يصح النذر بما لا يتصور وجوده شرعاً؛ كمن قال لله (تعالى) عليَّ أن أصوم ليلاً أو نهاراً أكل فيه؛ وكالمرأة إذا قالت لله عليَّ أن أصوم أيام حيضي؛ لأَن الليل ليس محل الصوم والأكل مناف للصوم حقيقة، والحيض مناف له شرعاً إذ الطهارة عن الحيض والنفاس شرط وجود الصوم الشرعي.

ولو قالت: لله عليَّ أن أصوم غداً، فحاضت في غدٍ، أو قالت لله عليَّ أن أصوم يوم يقدم فلان، فقدم في يوم حاضت فيه، لا شيء عليها عند محمد، وعند أبي يوسف: عليها قضاء ذلك اليوم، وهي من مسائل الصوم.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لله (تعالى) عليَّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم في النهار ـ أنه إن قدم قبل الزوال أو قبل أن تناول شيئاً من المفطرات يلزمه صومه، وَإن قدم بعد الزوال أو بعد ما تناول شيئاً من المفطرات لا يلزمه شيء؛ لأنه أوجب على نفسه صوم يوم موصوف بأنه يوجد فيه قدوم فلان، ولا علم له بهذا اليوم قبل القدوم، ولا دليل العلم، ولا وجوب لهذا الصوم بدون العلم أو دليله؛ لأن ما ثبت أداؤه على قصد المؤدي في تحصيله لا يجب أداؤه إلا بعد العلم بوجوبه أو دليل العلم، فلم يجب الصوم ما لم يوجد اليوم الموصوف، ولا وجود إلاّ بالقدوم، فصار الوجوب على هذا التخريج متعلقاً بالقدوم، ووجوب صوم يوم لم تزل فيه الشمس ولم يتناول شيئاً من المفطرات متصور؛ كما لو أنشأ النذر فوجب عليه للحال ولا تصور له بعد التناول وبعد الزوال؛ فلا يجب عليه شيء؛ بخلاف اليمين بأن قال: والله، لأصومنَّ اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم بعد ما أكل أو بعد الزوال، حَنَثَ في يمينه.

والفرق أَن في باب النذر يجب الفعل حقًا لله (تعالى)، لأَن الوجوب بإيجاب الله (تعالى) عند مباشرة سبب الوجوب من العبد، فصار هذا وسائر العبادات المقصودة على السواء.

وأما في باب اليمين، فالفعل في نفسه غير واجب، بل الواجب هو الامتناع عن هتك

حرمة اسم الله (تعالى عزَّ شأنه) وإنما وجب الفعل لضرورة حصول البر، وحصول البر أيضاً لضرورة الامتناع عن الهتك، فوجوبه لا يفتقر إلى العلم، فكان وجوب تحصيل البر والامتناع ثابتاً قبل وجود دليل الوجوب، وهو القدوم، فوجب عليه البر من أول وجود هذا اليوم الذي حلف أن يصومه، وإن لم يكن له به علم، فإذا لم يصم بأن أكل أو امتنع من النذر حتى زالت الشمس، حَنَثَ في يمينه لفوات البر، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

ومنها: أن يكون قربة، فلا يصح النذر بما ليس بقربة رأساً؛ كالنذر بالمعاصي بأن يقول لله (عزَّ شأنه) عليَّ أن أشربَ الخمر، أو أقتلَ فلاناً أو أضربه أو أشتمه ونحو ذلك؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «لاَ نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ (تَعَالَى)»[1] وقوله ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ (تَعَالَى) فَلاَ يَعْصِهِ»[2] ولأن حكم النذر وجوب المنذور به ووجوب فعل المعصية محالٌ.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣٢) ومسلم (٣/ ١٢٦٢) كتاب النذر باب لا وفاء لنذر في معصية الله حديث (٨/ ١٦٤١) وأبو داود (٣/ ٦٠٩ ـ ٦١٠ ـ ٦١١ ـ ٦١٢) كتاب الإيمان والنذور، باب في النذر فيما لا يملك، حديث (٣٣١٦) والترمذي (٣/ ٤٠، ٤٢) كتاب النذور والإيمان باب أن لا نذر في معصية حديث (١٥٦٢) وباب لا نذر فيما لا يملك ابن آدم، حديث (١٥٦٦) والنسائي (٧/ ١٩) كتاب الأيمان والنذور باب النذر فيما لا يملك وابن ماجه (١/ ٦٨٦) كتاب الكفارات، باب النذر في المعصية، حديث (٢١٢٤) والبيهقي (١٠/ ٧٥) كتاب النذور، باب ما يوفى به من النذر وما لا يوفى. ولفظ الترمذي والنسائي وابن ماجه مختصراً بذكر المرفوع من قوله ﷺ.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٤٧٦) كتاب النذور والأيمان، باب ما لا يجوز من النذور في معصية الله حديث (٨) وأحمد (٦/ ٣٦، ٤١) والبخاري (١١/ ٥٨١) كتاب الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة حديث (٦٦٩٦) وأبو داود (٣/ ٥٩٣) كتاب الأيمان والنذور، باب ما جاء في النذر في المعصية، حديث (٣٢٨٩) والترمذي (٣/ ٤١) كتاب النذور والأيمان، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ أن لا نذر في معصية، حديث (١٥٦٤) والنسائي (٧/ ١٧) كتاب الأيمان والنذور، باب النذر في المعصية، وابن ماجه (١/ ٦٨٧): كتاب الكفارات، باب النذر في المعصية، حديث (٢١٢٦) وابن الجارود ص (٣١٢ ـ ٣١٣) باب ما جاء في النذر. حديث (٩٣٤) والدارمي (٢/ ١٨٤) كتاب النذور والأيمان: باب لا نذر في معصية الله والشافعي (١/ ٧٤ ـ ٧٥) رقم (٢٤٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٣٣) وفي «مشكل الآثار» (١/ ٤٧٠) والبيهقي (٩/ ٢٣١) وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٤٦) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٢٨٤ ـ بتحقيقنا) من طرق عن طلحة بن عبد الملك الأيلي عن القاسم بن محمد عن عائشة.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح وقد رواه يحيى بن أبي كثير عن القاسم بن محمد.....

والطريق الذي أشار إليه الترمذي أخرجه أحمد (٦/ ٢٠٨) والبخاري في «التاريخ الكبير» (١/ ٣٤) من طريق علي بن المبارك عن يحيى بن أبي كثير ـ وعند البخاري مقرون بأيوب ـ عن القاسم بن محمد عن عائشة.

وأخرجه البخاري في «التاريخ الكبير» (١/ ٣٣) وأبو يعلى (٨/ ٢٧٧) رقم (٤٨٦٣) من طريق أبان بن يزيد ثنا يحيى بن أبي كثير أن محمد بن أبان حدثه عن القاسم بن محمد حدثه أن عائشة حدثته أن رسول الله ﷺ قال: من نذر أن يعصي الله فلا يعصه.

وكذا النذر بالمباحات من الأَكل والشرب والجماع ونحو ذلك لعدم وصف القربة؛ لاستوائهما فعلاً وتركاً؛ وكذا لو قال عليَّ طلاقُ امرأتي؛ لأن الطلاق ليس بقربةٍ، فلا يلزم بالنذر، وهل يقع الطلاق به، فيه كلام نذكره إن شاء الله (تعالى).

ومنها: أن يكون قربة مقصودة، فلا يصح النذر بعيادة المرضى، وتشييع الجنائز، والوضوء، والاغتسال، ودخول المسجد، ومس المصحف، والأذان، وبناء الرباطات. والمساجد، وغير ذلك؛ وإن كانت قرباً لأنها ليست بقرب مقصودة، ويصح النذر بالصلاة، والصوم، والحج، والعمرة، والإحرام بهما، والعتق، والبدنة، والهدي، والاعتكاف، ونحو ذلك؛ لأَنها قرب مقصودة؛ وقد قال النبيّ ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ (تَعَالَىٰ) فَلْيُطِعْهُ»[١].

وقال ﷺ: «مِنْ نَذَرَ وَسَمَّىٰ، فَعَلَيْهِ وَفَاؤُهُ بِمَا سَمَّىٰ»[٢] إلاَّ أنه خص منه المسمى الذي ليس بقربة أصلاً، والذي ليس بقربة مقصودة، فيجب العمل بعمومه فيما وراءه.

وَمِنْ مشايخنا من أصل في هذا أصلاً فقال: ماله أصلٌ في الفروض يصح النذر به ولا شك أن ما سوى الاعتكاف من الصلاة والصوم وغيرهما له أصلٌ في الفروض، والاعتكافُ له أصل أيضاً في الفروض، وهو الوقوف بعرفة وما لا أصل له في الفروض لا يصح النذر به؛ كعيادة المرضى وتشييع الجنازة ودخول المسجد ونحوها، وَعَلَّلَ بأنَّ النذر إيجاب العبد فيعتبر بإيجاب الله (تعالى).

ولو قال: لله عليَّ أن أصوم يوم النحر، أو أيام التشريق، يصح نذره عند أصحابنا الثلاثة، ويفطر ويقضي.

وقال زفر (رحمه الله) والشافعي: لا يصح نذره، لهما أنه نذر بما هو معصية لكون الصوم في أيام التشريق منهيًا عنه؛ لقوله (عليه السلام): «أَلاَ لاَ تَصُومُوا فِي هٰذِهِ الأَيَّامِ؛ فَإِنَّهَا أَيَّامُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ»[٣] والمنهيُّ عنه يكون معصية، والنذر بالمعاصي لا يصح لما بينا.

والدليلُ عليه أَنَّ الصَّوْمَ في هذه الأيام لا يلزم بالشروع ولا يضمن بالقضاء عند الإِفساد بأنْ أَصْبَحَ صائماً ثم أفطر.

ولنا أنه نذر بقربة مقصودة، فيصح النذر؛ كما لو نذر بالصوم في غير هذه الأيام، ودلالة الوصف النص والمعقول.

---

(١) ينظر: تخريج الحديث السابق.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٠٠) وقال: غريب وفي وجوب الوفاء بالنذر أحاديث..... اهـ. وقد ذكرها الزيلعي وتقدم وسيأتي تخريجها في هذا الباب.

(٣) تقدم تخريجه في كتاب الصيام.

أما النصُّ: فقوله (عليه الصلاة والسلام) خبراً عن الله (تعالى جلَّ شَأْنُهُ): «الصَّوْمُ لِي وَأَنَا أَجْزِي بِهِ»[1] من غير فصلٍ.

وأما المعقول: فهو أنه سبب التقوى والشكر ومواساة الفقراء؛ لأن الصائم في زمان الصوم يتقي الحلال، فالحرام أولى، ويعرف قدر نعم الله (تعالى جل شأنه) عليه بما تجشم من مرارة الجوع والعطش، فيحمله ذلك على الشكر وعلى الإحسان إلى الفقراء، لما عرف قدر مقاساة المبتلي بالجوع والفقر، وهذه المعاني موجودة في الصوم في هذه الأيام، وأنها معان مستحسنة عقلاً، والنهي لا يرد عما عرف حسنه عقلاً لما فيه من التناقض، فيحمل على غير مجاور له صيانة لحجج الله (تعالى) عن التناقض؛ عملاً بالدلائل بقدر الإمكان.

وأما فصل الشروع والقضاء فممنوعٌ عند أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله)، وعند أبي حنيفة (عليه الرحمة): إنما يلزم بالشروع، ولا يجب القضاء بالإفطار؛ لأن لزوم الإتمام في صوم التطوع لضرورة صيانة المؤدي عن الإبطال؛ لأن إبطال العمل حرامٌ، وههنا صاحب الحق وهو الله (تعالى جلَّتْ عظمته) رضي بإبطال حقه، فلا يحرم الإبطال، فلا يلزم الإتمام، ووجوب القضاء ضرورة لزوم الإتمام، فإذا لم يلزم لا يجب.

ولو قال: عليَّ المشي إلى بيت الله (تعالى)، أو إلى الكعبة، أو إلى مكة، أو إلى بكة، فعليه حجة أو عمرة ماشياً، وَإن شاء ركب وعليه ذبح شاة لركوبه.

وجملة الكلام فيه أن المكان نوعان: مَكَانٌ يَصِحُّ الدخول فيه بغير إحرام، وهو ما سوى الحرم كمسجد المدينة، عَلَىٰ صاحبها أفضل الصلاة والسلام، ومسجدِ بيتِ المقدس وغيرِهما من سائر المساجد والأماكن.

ومكانٌ لا يصح الدخول فيه بغير إحرام، وهو الحرم، والحرم مشتملٌ على مكة، ومكة على المسجد الحرام، والمسجد الحرام على الكعبة، فالناذر إما أن يسمي في النذر الكعبة، أو بيت الله (تعالى)، أو مكة، أو بكة، أو الحرم، أو المسجد الحرام، والأفعال التي يوجبها على نفسه شبه ألفاظ المشي والخروج والسفر والركوب والذهاب والإياب، فإن أوجب على نفسه شيئاً من هذه الأفعال وأضافه إلى مكان يصح دخوله فيه بغير إحرام لا يصح إيجابه؛ لأنه أوجب على نفسه التحول من مكان إلى مكان، وذا ليس بقربة مقصودة، ولا يصح النذر بما ليس بقربة.

والدليل عليه ما روي أنَّ امرأة جاءت إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ فقالت: «يَا رَسُولَ اللَّهِ، إنِّي

(١) تقدم تخريجه في كتاب الصيام.

نذرتُ إن فُتحَ لك مكة أَنْ أصلي مائتي ركعة في مائة مسجد، فقال (عليه الصلاة والسلام): «صَلِّي فِي مَسْجِدٍ وَاحِدٍ» فلم يصحح (عليه الصلاة والسلام) نذرها بالصلاة في كل مسجد، والنذر بخلاف اليمين، فإن اليمين تنعقد بهذه الألفاظ بأن يقول: والله، لأذهبنَّ إلى موضع كذا، أو لأسافرن أو غيرهما من الألفاظ؛ لأن اليمين لا يقف انعقادها على كون المحلوف عليه قربة، بل ينعقد على القربة وغيرها بخلاف النذر، وإن أضاف إيجاب شيء من هذه الأفعال إلى المكان الذي لا يصح الدخول فيه بغير إحرام ينظر، فإن أضاف إيجاب ما سوى المشي إليه لا يصح، ولا يلزمه شيءٌ؛ لما ذكرنا أن التحول من مكان إلى مكان ليس بقربةٍ في نفسه، وإن أضاف إيجاب المشي إليه، فإن ذكر سوى ما ذكرنا من الأمكنة من الكعبة وبيتِ الله (تعالى)، ومكة، وبكة، والمسجد الحرام، والحرم؛ بأن أوجب على نفسه المشي إلى الصفا والمروة، ومسجدِ الخيف وغيرِها من المساجد التي في الحرم - لا يصح نذره بلا خلافٍ، وإن ذكر الكعبة وبيت الله (عزَّ شأنه) أو مكة أو بكة، يصحُّ نذره، ويلزمه حجة أو عمرة ماشيًا، وإن شاء ركب وذبح لركوبه شاة، وهذا استحسان، والقياس: أن لا يصح ولا يلزمه شيء.

وجه القياس: أن من شرط صحة النذر أن يكون المنذور به قربة مقصودة، ولا قربة في نفس المشي، وإنما القربة في الإحرام، وإنه ليس بذمكور؛ ولهذا لم يصح بسائر الألفاظ سوى لفظ المشي.

وجه الاستحسان: أن هذا الكلام عندهم كناية عن التزام الإحرام، يستعملونه لالتزام الإحرام بطريق الكناية من غير أن يعقل فيه وجه الكناية بمنزلة قوله: لله عليَّ أن أضرِب بثوبي حطيم الكعبة؛ كناية عن التزام الصدقة بإصطلاحهم، والإحرامُ يكون بالحجة أو بالعمرة فيلزمه أحدهما بخلاف سائر الألفاظ، فإنها ما جرت عادتهم بالتزام الإحرام بها، والمعتبر في الباب عرفهم وعادتهم، ولا عرف هناك، فيلزمه ذلك ماشياً؛ لأنه التزم المشي وفيه زيادة قربة.

قال النبيُّ (عليه الصلاة والسلام): «مَنْ حَجَّ مَاشِيًا فَلَهُ بِكُلِّ خُطْوَةٍ حَسَنَةٌ مِنْ حَسَنَاتِ الحَرَمِ» قيل: وما حَسَنَاتُ الحرم؟ قال (عليه الصلاة والسلام): «وَاحِدَةٌ بِسبْعُمَائَةٍ»[1] فجاز التزامه بالنذر كصفة التتابع في الصوم، فيمشي حتى يطوف طواف الزيارة؛ لأن بذلك يقع الفراغ من أركان الحج، إلاَّ أن له أن يركب ويذبح لركوبه شاة، لما روي أن أُخْتَ أبي سعيد الخدري (رضي الله عنهما) نذرت أن تحج ماشية، فقال النبي (عليه الصلاة والسلام) لأبي

(١) أخرجه ابن خزيمة (٤/ ٢٤٤) رقم (٢٧٩١) والطبراني في «الكبير» (١٢/ ١٠٥) والحاكم (١/ ٤٦٠) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤/ ٣٣١، ١٠/ ٧٨) من طريق عيسى بن سوادة عن إسماعيل بن أبي خالد عن زاذان عن ابن عباس مرفوعاً. والحديث ضعفه ابن خزيمة فقال: إن صح الخبر فإن في القلب من عيسى بن سوادة هذا.

سعيد الخدري: «إِنَّ الله(تعالى) غَنِيٌّ عَنْ تَعْذِيبِ أُخْتِكَ، مُرْهَا فَلْتَرْكَبْ وَلْتُرِقْ دَماً»[١].

وما روي في بعض الروايات أن عقبة بن عامر الجهني سَأَلَ رسول الله ﷺ فقال: إن أختي نذرت أن تحجَّ البيتَ ماشيةً غير مختمرةٍ؛ فقال (عليه الصلاة والسلام: «إِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْ تَعْذِيبِ أُخْتِكَ، فَلْتَرْكَبْ وَلْتُهدِ شَاةً»[٢] وفي بعضها؛ أن أختَ عقبةَ بْنَ عامر نذرت أن تمشيَ إلى بيت الله (تعالى) حافيةً حاسرةً، فذكر ذلك عقبةُ لرسول الله ﷺ، فقال (عليه الصلاة والسلام): «إِنَّ اللَّهَ (تَعَالَىٰ) غَنِيٌّ عَنْ عَنَاءِ أُخْتِكَ، مُرْهَا فَلْتَرْكَبْ وَلْتُهْدِ شَاةً، وَتُحْرِمُ إِنْ شَاءَتْ بِحِجَّةٍ، وَإِنْ شَاءَتْ بِعُمْرَةٍ»[٣].

وروي عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه قال: مَنْ جَعَلَ على نفسه الحجَّ ماشياً، حج، وركب، وذبح لركوبه شاة، رواه في الأَصل، وإنما استوى فيه لفظ الكعبة وبيت الله ومكة وبكة؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يستعمل عند استعمال الآخر، يقال: فلانٌ مشى إلى بيت الله، وإلى الكعبة، وإلى مكة، وإلى بكة، ولا يقال مشى إلى الصفا والمروة، وإن ذكر المسجد الحرام أو الحرم، قال أبو حنيفة (رحمه الله): لا يصح نذره ولا يلزمه شيء، وقال أبو يوسف ومحمدٌ (رحمهما الله): يلزمه حجة أو عمرة.

وجه قولهما: أن الحرم مشتملٌ على البيت وعلى مكة، فصار كأنه قال عليَّ المشي إلى بيت الله وإلى مكة.

ولأبي حنيفة (رحمه الله): أن القياس أن لا يجب شيء بإيجاب المشي المضاف إلى مكان ما؛ لما ذكرنا أن المشي ليس بقربة مقصودةٍ؛ إذ هو انتقال من مكان إلى مكانٍ، فليس في نفسه قربة، ولهذا لا يجب بسائر الألفاظ، إلا أنا أوجبنا عليه الإحرام في لفظ المشى إلى بيت الله، أو إلى الكعبة، أو إلى مكة، أو إلى بكة ـ للعرف؛ حيث تعارفوا استعمال ذلك كناية عن التزام الإحرام، ولم يتعارفوا استعمال غيرها من الألفاظ.

---

(١) للحديث شاهد من حديث عقبة بن عامر أخرجه البخاري (٤/ ٧٨ ـ ٧٩) كتاب جزاء الصيد، باب من نذر المشي إلى الكعبة، حديث (١٨٦٦) ومسلم (٣/ ١٢٦٤) كتاب النذر، باب من نذر أن يمشي إلى الكعبة حديث (١١/ ١٦٤٤) وأبو داود (٣/ ٥٩٨ ـ ٥٩٩) كتاب الأيمان والنذور، باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية، حديث (٣٢٩٩) والترمذي (٤/ ١١٦) كتاب النذور والأيمان، باب حديث (١٥٤٤) والنسائي (٧/ ١٩) كتاب الأيمان والنذور، باب من نذر أن يمشي إلى بيت الله تعالى وابن ماجه (١/ ٦٨٩) كتاب الكفارات، باب من نذر أن يحج ماشياً حديث (٢١٣٤) وأحمد (٤/ ١٤٥) والدارمي (٢/ ١٨٣) كتاب النذور والأيمان، باب في كفارة النذر وابن الجارود في المنتقى ص (٣١٣)، باب ما جاء في النذور، حديث (٩٣٧) والبيهقي (١٠/ ٧٨ ـ ٧٩) كتاب النذور، باب المشي فيما قدر عليه والركوب فيما عجز عنه. من حديث عقبة بن عامر.

(٢) ينظر: تخريج الحديث السابق.

(٣) تقدم تخريجه.

ألا ترى أنه يقال: مشى إلى مكة والكعبة وبيت الله، ولا يقال مشى إلى الحرم أو المسجد الحرام؛ كما يقال: مشى إلى الصفا والمروة، والكناية يتبع فيها عين اللفظ لا المعنى، بخلاف المجاز فإنه يراعى فيه المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة؛ لأن الكناية ثابتة بالاصطلاح كالأسماء الموضوعة، فيتبع فيها العرف واستعمال اللفظ بخلاف المجاز، ولو قال: عليَّ المشي إلى بيت الله، وهو ينوي مسجداً من مساجد الله سوى المسجد الحرام، لم يلزمه شيءٌ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، لأن كلَّ مسجدٍ بيتُ الله (تعالى)، فصحَّتْ نيته على الظاهر إن كانت إرادة الكعبة من هذا الكلام لا غير، لكن هذ أمر بينه وبين الله (تعالى) فيكتفي فيه باحتمال اللفظ إياه في الجملة.

ولو قال: أنا أحرم أو أنا محرم أو أهدي أو أمشي إلى البيت، فإن نوى به الإيجاب يكون إيجاباً؛ لأنه يذكر ويرادُ به الإيجاب؛ كقولنا: أَشْهَدُ أن لا إله إلا الله، أنه يكون توحيداً؛ وكقول الشاهد عند القاضي: (أشهد) أنه يكون شهادة، فقد نوى ما يحتمله لفظه، وإن نوى أن يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيئاً، كان عدة ولا شيء عليه؛ لأن اللفظ يحتمل العدة؛ لأنه يستعمل في العدات، وَإِن لم يكن له نية فهو على الوعد، لأنه غلب استعماله فيه فعند الإطلاق يحمل عليه.

هذا إذا لم يعلقه بالشرط، فإن عَلَّقَهُ بالشرطِ بأن قال: إن فعلت كذا فأنا أحرم، فهو على الوجوه التي بَيَّنَّا أنه إن نوى الإيجاب يكون إيجاباً، وإن نوى الوعد يكون وعداً لما قلنا، وَإِن لَمْ يَكُنْ له نية فهو على الإيجاب بخلاف الفصل الأول؛ لأنَّ العدات لا تتعلق بالشروط، وَإِن الواجبات تتعلق بها، فالمعرفة إلى الإيجاب بقرينة التعليق بالشرط، ولم توجد القرينة في الفصل الأول، فصار الحاصل أن هذا اللفظ في غير المعين بالشرط على الوعد إلاَّ أن ينوي به الإيجاب، وفي المعلق يقع على الإيجاب إلاَّ أن ينوي به الوعد.

ولو قال: لله (تعالى) عليَّ أن أنحر وَلَدِي، أو أذبح ولدي، يصحُّ نذره، ويلزمه الهدي، وهو نحر البدنة أو ذبح الشاة، والأفضل هو الإبل، ثم البقر، ثم الشاة، وإنما ينحر أو يذبح في أيام النحر، سواء كان في الحرم أو لا، وهذا استحسان، وهو قول أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله)، والقياس أن لا يصح نذره، وهو قول أبي يوسف وزفر والشافعي (رحمهم الله).

وجه القياس: أنه نذر بما هو معصية، والنذر بالمعاصي غير صحيح، ولهذا لم يصح بلفظ القتل.

وجه الاستحسان قول النبي ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعْهُ»[١] وقوله (عليه الصلاة والسلام): «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّىٰ، فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّى»[٢] والمراد من الحديثين النذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة، وقد نذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة؛ لأنه نذر بذبح الولد تقديراً بما هو خلف عنه وهو ذبح الشاة، فيصح النذر بذبح الولد على وجه يظهر أثر الوجوب في الشاة التي هي خلف عنه؛ كالشيخ الفاني إذا نذر أَنْ يَصُومَ رجب، أنه يصح نذره، وتلزمه الفدية خلفاً عن الصوم، ودليل ما قلنا الحديث وضربٌ من المعقول.

أما الحديثُ فقولُ النبيِّ ﷺ: «أَنَا ابْنُ الذَّبِيحَيْنِ»[٣] أراد أول آبائه من العرب وهو سيدنا إسماعيل (عليه الصلاة والسلام)، وآخر آبائه حقيقة، وهو عبدالله بن عبد المطلب، سمَّاهما (عليه الصلاة والسلام) ذبيحين، ومعلوم أنهما ما كان ذبيحين حقيقة، فكانا ذبيحين تقديراً بطريق الخلافة؛ لقيام الخلف مقام الأصل.

وأما المعقول: فلأن المسلم إنما يقصد بنذره التقرب إلى الله (تعالى) إلاَّ أنه عجز عن التقرب بذبح الولد تحقيقاً، فلم يكن ذلك مراداً من النذر وهو قادرٌ على ذبحه تقديراً بذبح الخلف، وهو ذبح الشاة، فكان هذا نذراً بذبح الولد تقديراً بذبح ما هو خلف عنه حقيقة؛ كالشيخ الفاني إذا نذر بالصوم.

وإنما لا يصح بلفظ القتل؛ لأن التعيين بالنذر وقع للواجب على سيدنا إبراهيم (عليه الصلاة والسلام)، والواجب هناك بالإيجاب المضاف إلى ذبح الولد بقوله (تعالى عزَّ شأنه): ﴿إِنِّي أَرَىٰ فِي الْمَنَامِ أَنِّي أَذْبَحُكَ﴾ [الصافات: ١٠٢] على أن هذا حكم ثبت استحساناً بالشرع، والشرعُ إنما ورد بلفظ الذبح لا بلفظ القتل، ولا يستقيم القياس؛ لأن لفظ القتل لا يستعمل في تفويت الحياة على سبيل القربة والذبح يستعمل في ذلك.

ألا ترى أنه لو نذر بقتل شاة لا يلزمه، ولو نذر بذبحها لزمه، ولو نذر بنحر نفسه لم يذكر في ظاهر الروايات.

وذكر في نوادر هشام أنه على الاختلاف الذي ذكرنا، ولو نذر بنحر ولد ولده، ذكر في شرح الآثار أنه على الاختلاف، ولو نذر بنحر والديه أو جده أو جدته، يصحُّ نذره عند أبي حنيفة (رحمه الله)، وعند الباقين لا يصح.

ولو نذر بذبح عبده عند محمد (رحمه الله) يصح، وعند الباقين لا يصح، وإنما اختلف

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.

أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما مع اتفاقهما في الولد؛ لاختلافهما في المعنى في الولد، فالمعنى في الولد عند أبي حنيفة (رحمه الله): هو أنه نذر بالتقرب إلى الله (تعالى) بذبح ما هو أعزُّ الأشياء عنده، وهذا المعنى يوجد في الوالدين، ولا يوجد في العبد، وعند محمد (رحمه الله) المعنى في الولد أن النذر بذبحه تقرب إلى الله (تعالى) بما هو من مكاسبه، والولد في معنى المملوك له شرعاً.

قال النبي ﷺ: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ[1] وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ» فعدى الحكم إلى المملوك حقيقة وهو العبد وإلى النفس، وولد ولده لكونهما في معنى المملوك له، ولم يعد إلى الوالدين؛ لانعدام هذا المعنى.

وعلى هذا القياس ينبغي أن يصح نذر الجد بذبح الحافد، وعند محمد لا يصح وإذا أوجب على نفسه الهدي فهو بالخيار بين الأشياء الثلاثة، إن شاء أهدى شاةً، وإن شاء بقرة، وإن شاء إبلاً، وأفضلها أعظمها؛ لأن اسم الهدي يَقَعُ عَلَىٰ كل واحدٍ منهم.

ولو أوجب على نفسه بدنة فهو بالخيار بين شيئين: الإبل والبقر، والإبل أفضل؛ لأنَّ اسم البدانة يَقَعُ على كل واحد منهما، ولو أوجب، جزوراً فعليه الإبل خَاصَّةً؛ لأنَّ اسم الجزور يَقَعُ عَلَيْهِ خَاصَّةً، ولا يجوز فيهما إلا ما يجوز في الأضاحي، وهو الثني من الإبل والبقر، والجذع من الضأن إذا كان ضخماً.

ولا يجوز ذبح الهدي الذي أوجب إلا في الحرم، لقوله (تعالى): ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٣٣] ولم يرد به نفس البيت، بل البقعة التي هو فيها وهي الحرم، لأن الدم لا يراق في البيت، والمراد من قوله (تعالى) ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩] نفس البيت؛ لأنه هناك ذكر الطواف بالبيت، وههنا أضافه إلى البيت لذلك افترقا، ولأن الهدي اسم لما يُهدى إلى مكان الهدايا، ومكان الهدايا هو الحرم، ولا يحل له الانتفاع بها، ولا بشيء منها إلاَّ في حال الضرورة؛ فإن اضطر إلى ركوبها ركبها، ويضمن ما نقص ركوبه عليها، وهذه من مسائل المناسك.

ولو أوجب على نفسه أَن يهدي مالاً بعينه، فإن كان مما لا يحتمل الذبح يلزمه أن يتصدق به أو بقيمته على فقراء مكة، وَإِن كان مما يذبح ذبحه في الحرم وتصدق بلحمه على فقراء مكة، وَلَوْ تَصَدَّقَ به على فقراء الكوفة جاز، كذا ذكر في الأصل.

ولو أوجب بدنة فذبحها في الحرم وتصدق على الفقرا جاز بالإجماع، ولو ذبح في غير

---

(١) تقدم تخريجه.

الحرم وتصدق باللحم على الفقراء جاز عن نذره في قولِ أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله)، وعند أبي يوسف (رحمه الله) لا يجوز.

ولو أوجب جزوراً فله أَنْ يَنْحَرَهُ في الحلِّ والحرم ويتصدق بلحمه، وهذه من مسائل الحج، ولو قال: مَا أَمْلِكُ هدي، أو قال: ما أملك صدقة، يمسك بعض ماله ويمضي الباقي؛ لأنه أضاف الهدي والصدقة إلى جميع ما يملكه، فيتناول كل جنس من جنس أمواله، ويتناول القليل والكثير، إلاَّ أنه يمسك بعضه؛ لأنه لو تصدق بالكلِّ لاحتاج إلى أنْ يتصدق عليه فيتضرر بذلك.

وقد قال (عليه الصلاة والسلام): «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ»[1] فكان له أن يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه إلى أن يكتسب، فإذا اكتسب مالاً تصدق بمثله؛ لأنه انتفع به مع كونه واجب الإِخراج عن ملكه لجهة الصدقة، فكان عليه عوضه؛ كمن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة عليه.

ولو قال: مالي صدقة، فهذا على الأموال التي فيها الزكاة من الذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم، ولا يدخل فيه ما لا زكاة فيه، فلا يلزم أن يتصدق بدور السكنى، وثياب البدن، والأثاث، والعروض التي لا يقصد بها التجارة، والعوامل، وأرض الخراج؛ لأَنه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه؛ لأَنه مال الزكاة.

أَلاَ تَرَىٰ أنه إذا انضم إليه غيره تَجِبُ فيه الزكاة، ويعتبر فيه الجنس لا القدر؛ ولهذا قالوا: إذا نذر أَنْ يَتَصَدَّقَ بماله وعليه دينٌ محيطٌ ـ أنه يلزمه أنْ يتصدق به؛ لأنه جنس مال تجب فيه الزكاة، وَإِنْ لم تكن واجبة، فإن قضى دينه به لزمه التصدق بمثله لما ذكرنا فيما تقدم، وهذا الذي ذكرنا استحسانٌ، والقياس أَنْ يدخل فيه جميع الأَموال كما في فصل الملك؛ لأَن المال اسم لما يُتَمَوَّلُ كما أن الملك اسم لما يملك، فيتناول جميع الأَموال كالملك.

وجه الاستحسان أن النذر يعتبر بالأمر؛ لأن الوجوب في الكلِّ بإيجاب الله (جل شأنه) وإنما وجد من العبد مباشرة السبب الدال على إيجاب الله تعالى، ثم الإِيجاب المضاف إلى المال من الله (تعالى) في الأمر، وهو الزكاة في قوله (تعالى): ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣] وقوله (عزَّ شأنه): ﴿وَالذين فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ﴾ [المعارج: ٢٤] ونحو ذلك تعلق بنوع دون نوع فكذا في النذر.

وقد قال أبو يوسف (رحمه الله) قياس قول أبي حنيفة (عليه الرحمة) إذا حلف لا يملك

---

(١) تقدم تخريجه.

مالاً ولا نية له، وليس له مالٌ تجب فيه الزكاة، يحنث، لأن اطلاق اسم المال لا يتناول ذلك.

وقال أبو يوسف: ولا أحفظ عن أبي حنيفة إذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك داره تدخل في نذره؛ لأن اللفظ يحتمل وفيه تشديد على نفسه، وقال أبو يوسف: ويجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب، ولا أحفظه عن أبي حنيفة (رحمه الله)، والوجه ما ذكرنا، وإذا كانت له ثمرة عشرية أو غلة عشرية تصدق بها في قولهم؛ لأن هذا مما يتعلق به حق الله (تعالى) وهو العشر.

وقال أبو حنيفة (رحمه الله تعالى): لا تدخل الأرض في النذر، وقال أبو يوسف يتصدق بها.

لأبي يوسف أنها من جملة الأموال النامية التي يتعلق حق الله (تعالى) بها فتدخل في النذر.

ولأبي حنيفة (رضي الله عنه) أن حق الله (تعالى) لا يتعلق بها، وإنما يتعلق بالخارج منها فلا تدخل.

قال بشر عن أبي يوسف إذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة مساكين ولم يسم فعليه ذلك، فإن أطعم خمسة لم يجزه، لأن النذر يعتبر بأصل الإيجاب، ومعلوم أن ما أوجبه يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لعدد من المساكين لا يجوز دفعه إلى بعضهم إلاَّ على التفريق في الأيام؛ فكذا النذر.

ولو قال: لله عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بهذه الدراهم على المساكين، فتصدق بها على واحد أجزأه؛ لأنه يجوز دفع الزكاة إلى مسكين واحد، وإن كان المذكور فيها جميع المساكين؛ لقول الله (تعالى): ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] كذلك النذر.

ولو قال: لله عليَّ أَنْ أُطْعِمَ هذا المسكين هذا الطعام بعينه، فأعطى ذلك الطعام غيره أجزأه؛ لأن الصدقة المتعلقة بمالٍ متعينٍ لا يتعين فيها المسكين؛ لأنه لما عين المال صار هو المقصود، فلا يعتبر تعيين الفقير، والأفضل أن يعطي الذي عينه.

ولو قال: لله عليَّ إطعام عشرة مساكين، وهو لا ينوي أن يطعم عشرة مساكين؛ إنما نوى أن يطعم واحداً ما يكفي عشرة أجزأه؛ لأن الطعام اسم للمقدار؛ فكأنه أوجب مقدار ما يطعم عشرة، فيجوز أن يطعم بعضهم.

ولو قال: لله عليَّ أَنْ أتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان، ثم قال: إن كلمت فلاناً فعليَّ أن أتصدق بهذه الدراهم، فكلم فلاناً وقدم فلان، أجزأه أن يتصدق بتلك الدراهم عنهما

جميعاً، ولا يلزمه غير ذلك؛ وكذلك الصيام إذا سمَّىٰ يوماً بعينه؛ لأنه علق وجوب شيء واحد بشرطين لكلِّ واحدٍ منهما بحياله؛ فإن وجد الشرطان معاً وجبت بالإيجابين جميعاً؛ لأن اجتماع سببين على حكم واحد جائزٌ؛ فإن وجدا على التعاقب وجب بالأول، ولا يتعلق بالثاني حكم، نظيره إذا قال لعبده: إنْ دَخَلَ زيد هذه الدار فأنت حر، ثم قال: إن دخلها عمرو فأنت حر، فإن دخلا معاً عُتق العبد بالإيجابين، وإن دخلا على التعاقب عتق بالأول، ولا يتعلق بالثاني حُكْمٌ؛ كذا هذا.

ولو قال: إن كلمت فلاناً فعليَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بهذه الدراهم، فكلم فلاناً وجب عليه أن يتصدق بها؛ لأنه أوجب على نفسه التصدق بها، فيجب عليه ذلك، فإن أعطى ذلك من كفارة يمينه أو من زكاة ماله، فعليه لنذره مثل ما أعطى؛ لأنه لما أعطى تعين للإخراج بجهة النذر، ولم يتعين للإخراج بجهة الزكاة، فإذ أخرجه بحق لم يتعين فيه صار مستهلكاً له فيضمن مثله؛ كما لو أنفقه بخلاف الفصل الأول، لأن مثال الواجب تعين لكلِّ واحد عن النذرين، فجاز عنهما.

ولو قال: إن قدم فلان، فاللّه عَلَيَّ أَنْ أصوم يوم الخميس، ثم صام يوم الخميس عن قضاء رمضان أو كفارة يمين أو تطوعاً، فقدم فلانٌ يومئذٍ بعد ارتفاع النهار، فعليه يوم مكانه لقدوم فلان؛ لأنه وجب عليه صوم ذلك اليوم عن جهة النذر لوجود شرط وجوبه وهو قدوم فلان فيه، فإذا صام عن غيره فقد منع وقوعه عن النذر، فصار كأنه قدم بعدما أكل، فيلزمه صوم يوم آخر مكانه لقدوم فلان، ولو كان أراد بهذا القول اليمين لم يحنث في يمينه لوجود شرط البر، وهو صوم اليوم الذي حلف على صومه، وجهات الصوم لم تتناولها اليمين.

ولو كان قدم فلانٌ بعد الظهر، لم يكن عليه قضاؤه، لأنه لما قدم بعد الظهر لم يجب الصوم عن النذر؛ كما لو أنشأ النذر بعد الزوال، فقال: للّهِ عليَّ أن أصوم هذا اليوم، فلا يجب قضاؤه، وإن قدم فلان قبل الزوال في يوم قد أكل فيه فعليه أن يقضي؛ لأنَّ القُدُومَ حصل في زمان يصح ابتداء النذر فيه، وَإِنَّما امتنع الصوم لوجود المنافي له وهو الأكل، فلا يمنع صحة النذر؛ كما لو أوجب ثم أكل.

ولو قال: لله عليَّ أَنْ أَصُومَ الشهر الذي يقدم فيه فلانٌ، فقدم في رمضان، فصامه في رمضان، أجزأ عن رمضان ولا يلزمه صوم آخر بالنذر؛ لأن شهر رمضان في حالِ الصحةِ والإقامة يتعين لصومه لا يحتمل غيره، فلم يتعلق بهذا النذر حُكْمٌ ولا كفارة عليه إن كان أراد به اليمين لتحقق البر وهو الصوم، واليمين انعقدت على الصوم دون غيره وقد صام.

ولو قال: لله عليَّ أَنْ أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، شكراً لله تطوعاً لقدومه، ونوى به اليمين، فصامه عن كفارة يمين، ثم قدم فلان ذلك اليوم عند ارتفاع النهار، فعليه قضاؤه والكفارة.

أما القضاء: فلأنه نذر أن يصوم ذلك اليوم للقدوم، وذلك اليوم غير متعين لصوم الكفارة، فإذا صام عن جهة يتعين الوقت لها لزمه القضاء.

وأما الكفارة: فلأنه لم يحلف على مطلق الصوم، بل على أن يصوم عن القدوم، فإذا صام عن غيره لم يوجد البر فيحنث، ولو كان في رمضان، فلا قضاء عليه وعليه الكفارة.

أما عدم وجوب القضاء؛ فلأنَّ زمانَ رمضانَ يتعينُ لصوم رمضان، فلا يصح إيجاب الصوم فيه لغيره.

وأما وجوب الكفارة فيه؛ فلأنه لم يصم لما حلف عليه، فلم يوجد البر، وَإِن صامه ينوي الشكر على قدوم فلان ولا ينوي رمضان، بَرَّ في يمينه وأجزأه عن رمضان.

أما الجواز عن رمضان؛ فلأنَّ صومَ رمضانَ لا يعتبر فيه تعيين النية؛ لكون الزمان متعيناً له فوقع عنه.

وَأَمَّا بره في يمينه فلأنه حلف على الصوم بجهة وقد قصد تلك الجهة إلاَّ أنه وقع عن غيره حكماً من غير قصد، ولو قال: لله عليَّ أَنْ أصومَ هذا اليوم شهراً، فإنه يصوم ذلك اليوم حتى يستكمل منه ثلاثين يوماً، فإنه تعذر حمله على ظاهره إذ اليوم الواحد لا يوجد شهراً؛ لأنه إذا مضى لا يعود ثانياً فيحمل على التزام صوم اليوم المسمى بذلك اليوم الذي هو فيه من الاثنين أو الخميس كلما تجدد إلى أن يستكمل شهراً ثلاثين يوماً حملاً للكلام على وجه الصحة.

ولو قال: لله عليَّ أن أصوم هذا الشهر يوماً، نظر إلى ذلك الشهر أنه رجب أو شعبان أو غيره، ويصير كأنه قال: لله عليَّ أن أصوم رجب أو شعبان في وقت من الأوقات؛ إذ الشهر لا يوجد في يوم واحد، فلا يمكن حمله على ظاهره، وقد قصد تصحيح نذره فيحمل على وجه يصح وهو حمل اليوم على الوقت، وقد يذكر اليوم ويراد به مطلق الوقت؛ قال الله (تعالى): ﴿وَتِلْكَ الأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ النَّاسِ﴾ [آل عمران: ١٤٠] وقال (تعالى): ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦] ويقال في العرف: يوماً لنا ويوماً علينا على إرادة مطلق الوقت.

ولو قال: لله عليَّ أن أصوم هذا اليوم غداً، فعليه أن يصوم اليوم الذي قال فيه هذا القول، إن قال ذلك قبل الزوال وقبل أن يتناول ما ينقض صومه ويبطل قوله «غداً»؛ لأنه ركب اسماً على اسم لا بحرف النسق، فبطل التركيب؛ لأنه يكون إيجاب صوم هذا اليوم غداً، وهذا اليوم لا يوجد في غد، فلا يكون الغد ظرفاً له بطل قوله «غداً»، وبقي قوله: لله عليَّ أن أصوم هذا اليوم، فينظر في ذلك اليوم، فإن كان قابلاً للإيجاب صح، وإلاَّ بطل بخلاف الفصل الأول، لأن اليوم قد يعتد به عن مطلق الوقت.

وَأَمَّا الغَدُ فلا يصلح عبارة عن مطلق الوقت ولا يعبر به إِلاَّ عن عين الغد، ولو قال: لله عليَّ أن أصوم غداً اليوم، فعليه أن يصوم غداً؛ وقوله: «اليوم» حشو من كلامه؛ لأنه أوجب على نفسه صوم الغد، وذلك صحيح ولم يصح قوله اليوم؛ لأنه ركبه على الغد لا بحرف النسق فبطل؛ لأن صوم غدٍ لا يتصور وجوده في اليوم، فلغى قوله اليوم، وبقي قوله: لله عليَّ أَنْ أصوم غداً.

ولو قال: لله عليَّ صوم أمس غداً، لم يلزمه شيء؛ لأن أمس لا يمكن أن يصام فيه؛ لأنه لا يعود ثانياً فبطل الالتزام فيه، فلا يلزمه بقوله غداً؛ لأنه لم يوجب صوم غدٍ، وإِنما جعل الغد ظرفاً للأمس، وأنه لا يصلح ظرفاً له، فلغت تسمية الغد أيضاً، والأصل في هذا النوع أن اللفظ الثاني يبطل في الأحوال كلها لما ذكرنا، وَإِذا بطل هذا ينظر إِلى اللفظ الأول، فإِن صلح صح النذر به وإِلاَّ بطل.

ولو قال: لله عليَّ صوم كذا كذا يوماً، ولا نية له، فعليه صوم أحد عشر يوماً، لأَنه جمع بين عددين مفردين مجملين لا بحرف النسق، فانصرف إِلى أقل عددين مفردين يجمع بينهما لا بحرف النسق وذلك أحد عشر، لأن الأقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها، وَإِن نَوَى شيئاً فهو على ما نوى يوماً كان أو أكثر؛ لأَن حَمْلَ هذا اللفظ على التكرار جائزٌ في اللغة، يقال: صوم يوم يوم، ويراد به تكرار يوم، وإِذا جاز هذا فقد نوى ما يحتمله كلامه فعلمت نيته.

ولو قال: لله عليَّ صوم كذا وكذا يوماً، فعليه صوم أحد وعشرين يوماً إِن لم يكن له نية، لأنه جمع بين عددين مفردين على الإكمال بحرف النسق، فحمل على أقل ذلك، وأقله أحد وعشرون يوماً، وإِن كانت له نية فهو على ما نوى واحداً أو أكثر؛ لأن هذا مما يحتمل التكرار، يقال: صوم يوم يوم، ويراد به تكرار يوم واحد.

ولو قال: لله عليَّ صوم بضعة عشر يوماً ولا نية له، كان عليه صوم ثلاثة عشر يوماً؛ لأنَّ البضع عند العرب عبارة عن ثلاثة فما فوقها إِلى تمام العقد، وهو عشرة وعشرون وثلاثون وأربعون ونحو ذلك؛ فإذا لم يكن له نية صرف إِلى أقله، وذلك ثلاثة عشر؛ إذ الأقل متيقن.

ولو قال: لله عليَّ صوم سنين، فهو على ثلاث سنين؛ لأن الثلاث مستحقة هذا الاسم بيقين، ولو قال: السنين، فهو على عشر سنين في قول أبي حنيفة (رضي الله عنه)، وعندهما على الأبد.

ولو قال: عليَّ صوم الشهور، فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة (رحمه الله) إذا لم يكن له نية، وعندهما على اثني عشر شهراً، ولو قال: صوم شهور، فهم على ثلاثة أشهر بلا خلافٍ، وكذا هذا في الأيام وأياماً منكراً ومعرفاً، وعندهما المعروف يقع على الأيام السبعة، وقد ذكرناه في «كتاب الأَيْمان».

ولو قال: لله عليَّ صوم جمع هذا الشهر، فعليه صوم كل يوم جمعة في ذلك الشهر، إذا لم يكن له نية؛ لأن هذا اللفظ يراد به في ظاهر العادة عين يوم الجمعة.

ولو قال: لله عليَّ صوم أيام الجمعة، فعليه صوم سبعة أيام؛ لأن أيام الجمعة سبعة في تعارف الناس.

ولو قال: لله عليَّ صوم جمعة، فإن كانت له نية فهو على ما نوى، إن نوى عين يوم الجمعة أو نوى أيامها؛ لأن ظاهر لفظه يحتمل كلاهما، وإن لم يكن له نية فهو على أيامها، لأنه يراد به في أغلب العادات أيامها، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

ولو نذر بقربة مقصودة من صلاة، أو صوم، فقال رجلٌ آخر: عَلَيَّ مثلُ ذلك يلزمه، وكذا إذا قال: عليَّ المشي إلى بيت الله (عزَّ شأنه)، وكلُّ مملوكٍ لي حُرٌّ، وكل امرأة لي طالق ـ إذا دخلت الدار، فقال رجلٌ آخر: عَلَيَّ مثلُ ذلك إن دخلت الدار ثم دخل الثاني الدار، فإنه يلزمه المشي ولا يلزمه العتاق والطلاق.

ثم قال: أَلاَ ترى أنه لو قال عليَّ طلاق امرأتي فإن الطلاق لا يقع عليها، وَهَذَا يَدُلُّ على أن مَنْ قال الطلاق عليَّ واجب أَنه لا يقع طلاقه، قال القدوري (رحمه الله) وكان أصحابنا بالعراق يقولُون فيمن قال: الطلاق لي لازمٌ، يقع الطلاق؛ لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق، وكان محمد بن سلمة يقول: إن الطلاق يقع بكلِّ حالٍ.

وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني عن علي بن أحمد بن نصير بن يحيى عن محمد بن مقاتل (رحمهم الله) أنه قال: المسألةُ على الخلافِ.

قال أبو حنيفة (عليه الرحمة): إذا قال الطلاق لي لازم، أو عَلَيَّ واجب، لم يقع، وقال محمدٌ: يقع في قوله لازم، ولا يقع في قوله واجب.

وحكى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف في رجلٍ قال: ألزمت نفسي طلاق امرأتي هذه، أو ألزمت نفسي عتق عبدي هذا، قال إن نوى به الطلاق والعتاق فهو واقعٌ، وإلاَّ لم يلزمه، وكذلك لو قال: ألزمت نفسي طلاق امرأتي هذه إن دخلت الدار، أو عتق عبدي هذا فدخل الدار وقع الطلاق والعتاق إن نوى ذلك؛ وَإن لم ينو فليس بشيء، جعله بمنزلة كنايات الطلاق.

وجه قول محمدٍ (عليه الرحمة): أَن الوقوعَ للعادةِ، والعادة في اللزوم؛ لأنهم يذكرون على إرادة الإيقاع ولا عادة في الإيجاب فلا يقع شيء، ولأبي يوسف (رحمه الله) أن الظاهر الإلزام والإيجاب للنذر، ويحتمل أن يراد به التزام حكم الطلاق الواقع فيقف على النية كسائر كنايات الطلاق، ولأبي حنيفة (رحمه الله) أن الطلاق لا يحتمل الإيجاب والإلزام لأنه ليس بقربة فبطل.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال رجلٌ: امرأةُ زيدٍ طالق ثلاثاً ورقيقه أحرارٌ وعليه المشي إلى بيت الله (جل شأنه)، إن دخل هذه الدار، فقال زيد: نعم، كان كأنه قد حلف بذلك كله، لأنَّ نعم جواب لا يستقل بنفسه، فيتضمن إضمار ما خرج جواباً له؛ كما في قوله (عزَّ شأنه): ﴿فَهَلْ وَجَدْتُم مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا﴾[الأعراف: ٤٤] قالوا: «نَعَمْ» تقديره: نعم وجدنا ما وعدنا ربُّنا حَقًّا؛ وكالشهود إذا قرأوا على المشهود عليه كتاب الوثيقة، فقالوا: نشهد عليك بما فيه، فقال: نعم. إن لهم أن يشهدوا؛ لأن تقديره نعم اشهدوا عليَّ بما في الكتاب، ولو لم يكن قال: نعم، ولكنه قال: أجزت ذلك، فهذا لم يحلف على شيء؛ لأن قوله: أجزت ليس بإيجاب والتزام فلا يلزمه شيء.

فإن قال: قد أجزتُ ذلك علي إن دخلت الدار، أو قال: قد ألزمت نفسي ذلك إن دخلت الدار كان لازماً له؛ لأنه التزم ما قاله فلزمه، وَلَوْ أَنَّ رَجُلاً قال: امرأةُ زيدٍ طالق، فقال زيد: قد أجزت، لزمه الطلاق.

وكذلك لو قال: قد رضيتُ ما قال، أو ألزمته نفسي؛ لأَنَّ هذا ليس بيمين، بل هو إيقاع فيقف على الإجازة، فأما اليمين فيحتاج إلى الالتزام ليجوز على الحالف وينفذ عليه، فلا بد من لفظ الالتزام.

ولو أن رجلاً قال: إن بعت هذا المملوك من زيد فهو حر، فقال زيد: قد أجزت ذلك، أو رضيت ذلك، ثم اشتراه، لم يعتق؛ لأن الحالف أعتق عبده بشرط فوجد الشرط في غير ملكه، فلم يحنث، ولا يتعلق بالإجازة حكم؛ لأن البائع لم يوقت اليمين وإنما حلف في ملك نفسه.

وَلَوْ كَانَ البَائِعُ قَالَ: إنْ اشترى زَيْدٌ هٰذا العَبْدَ فَهُوَ حُرٌّ، فَقَالَ: نَعَمْ، ثُمَّ اشتراهُ عتق عليه؛ لأنَّ البائع لم يعقد اليمين في ملك نفسه، وإنما أضافها إلى ملك المشتري، فصار عاقد اليمين موقوفة وقد أجازها من وقفت عليه فتعلق الحكم بها.

وَقَالَ ابنُ سَمَّاعَةُ عن أبي يوسف: لو أَنَّ رجلاً طلق امرأته فقال آخر: عَلَيَّ مثلُ ذلك، فإن هذا لا يلزم الثاني؛ وكذلك لو قال: عليَّ مثل هذا الطلاق؛ لأن قوله: عليَّ مثل ذلك إيجاب الطلاق على نفسه، والطلاق لا يحتمل الإيجاب.

ولو حلف رَجُلٌ بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار، فقال آخر: عليَّ مثل ذلك إن دخلتها، فإن دخلها الثاني لم يلزمه طلاق امرأته؛ لأنه أوجب على نفسه الطلاق إن دخل الدار، والطلاق لا يحتمل الإيجاب والإلزام؛ لأنه ليس بقربة، فإن أراد بهذا الإيجاب اليمين، فليست بطلاق حتى تطلق، فإن لم يفعل حتى مات أحدهما حنث؛ لأن النذر إذا أريد به اليمين صار كأنه قال لا طلقتها، ولو قال ذلك لا يحنث حتى يموت أحدهما؛ كذا هذا.

ولو قال: عبدي هذا حر إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: عَلَيَّ مثل ذلك إن دخلت هذه الدار، فدخل الثاني لم يعتق عبده؛ لأنه أوجب على نفسه بدخول الدار عتقاً غير معين، فكان له أن يخرج منه بشراء عبد يعتقه فلا يتعلق العتق بعبيده الموجودين لا محالة، وإذا لم يتعلق بهم لا يلزمه عتق في ذمته؛ لأنه لو لزمه لم يكن ذلك مثل ما فعله الحالف.

ولو أَنَّ رَجُلاً قال: لله عليَّ نسمة إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: عليَّ مثل ذلك إن دخلت، فهذا لازم للأول ولازم للثاني، أيُّهما دَخَلَ لزمه نسمة؛ لأن الأول أوجب عتقاً في ذمته، وذلك مما يجب بالنذر، وإذا أوجب آخر مثله وجب عليه، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة ما أوجب العتق، بل علق فلا يكون على الثاني إيجاب؛ لأنه ليس بمثل.

ولو قال: كُلُّ مالي هدي، وقال آخر: وعَلَيَّ مثلُ ذلك، فعليه أَنْ يَهْدِيَ جميع ماله، سواء كان أقلَّ من مالِ الأول أو أكثر إلاَّ أن يعني مثل قدره فيلزمه مثل ذلك إن كان مال الثاني أكثر، وَإن كان مال الثاني أقل يلزمه في ذمته تمام مال الأول؛ لأن مطلق الإيجاب يضاف إلى هدي جميع ماله كما أوجب الأول، فإذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام، فيحمل عليه.

فإن قال رجلٌ: كُلُّ مال أملك إلى سنة فهو هدي، فقال آخر: عَلَيَّ مثلُ ذلك، لم يلزمه شيءٌ، لأَن الثاني لم يضف الهدي إلى الملك، فلا تثبت الإضافة بالإضمار، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

ومنها: أن يكون المنذور به إذا كان مالاً مملوك الناذر وقت النذر، أو كان النذر مضافاً إلى الملك أو إلى سبب الملك حتى لو نذر بهدي مالاً يملكه أو بصدقة ما لا يملكه للحال، لا يصح؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «لاَ نَذْرَ فِيمَا لاَ يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ» إلاَّ إذا أضاف إلى الملك أو إلى سبب الملك بأن قال: كُلُّ مال أملكه فيما استقبل فهو هدي، أو قال: فهو صدقة، أو قال: كلما اشتريته أو أرثه فيصح عند أصحابنا؛ خلافاً للشافعيِّ (رحمه الله).

والصحيح قولنا: لقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ. . . . . . .﴾ [التوبة:٧٥] إلى قوله (تعالى): ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقاً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة:٧٧] دلت الآية الشريفة على صحة النذر المضاف، لأنَّ الناذر بنذره عاهد الله (تعالى) الوفاء بنذره، وقد لزمه الوفاء بما عهد، والمؤاخذة على ترك الوفاء به، ولا يكون ذلك إلاَّ في النذر الصحيح.

ومنها: أن يكون مفروضاً ولا واجباً، فلا يصح النذر بشيء من الفرائض، سواء كان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان، أو فرض كفاية كالجهاد وصلاة الجنازة، ولا بشيء من الواجبات سواء كان عيناً كالوتر وصدقة الفطر والعمرة والأُضحية، أو على سبيل

الكفاية كتجهيز الموتى وغسلهم ورد السلام ونحو ذلك؛ لأن إيجاب الواجب لا يتصور، وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء فإن دخله أبطله.

فصل [في حكم النذر]

وأما حكم النذر فالكلام فيه في مواضع.

الأول: في بيان أصل الحكم.

والثاني: في بيان وقت ثبوته.

والثالث: في بيان كيفية ثبوته.

أما أصل الحكم: فالناذر لا يخلو من أن يكون نذر وسمى؛ أو نذر ولم يسم، فإن نذر وسمى فحكمه وجوب الوفاء بما سمى بالكتاب العزيز والسنة والإجماع والمعقول.

وأما الكتاب الكريم فقوله (عَزَّ شَأْنُهُ): ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج:٢٩] وقوله (تعالى): ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء:٣٤] وقوله (سبحانه): ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل:٩١] والنذر نوعُ عهد من الناذر مع الله (جل وعلا) فيلزمه الوفاء بما عهد، وقوله (جلّت عظمتُهُ): ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] أي: العهود، وقوله (عزّ شأنه): ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾ [التوبة:٧٥] إلى قوله (تعالى): ﴿بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ﴾ [التوبة:٧٧] ألزم الوفاء بعهده حيث أوعد على ترك الوفاء.

وأما السنة: فقول النبيِّ ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ (تَعَالَى) فَلْيُطِعْهُ»[1] وقوله ﷺ: «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّىٰ فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّى»[2] و«على»: كلمة إيجاب، وقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، وَالنَّاذِرُ شَرْطُ الوَفَاءِ»[3] بما نذر، فيلزمه مراعاة شرطه، وعليه إجماعُ الأُمة.

وأما المعقول: فهو أن المسلم يحتاج إلى أن يتقرب إلى الله (سبحانه وتعالى) بنوع من القربِ المقصودة التي له رخصة تركها لما يتعلق به من المعاقبة الحميدة، وهي نيل الدرجات العلى والسعادة العظمى في دار الكرامة وطبعه لا يطاوعه على تحصيله، بل يمنعه عنه لما فيه من المضرة الحاضرة وهي المشقة ولا ضرورة في الترك فيحتاح إلى اكتساب سبب يخرجه عن رخصة الترك ويلحقه بالفرائض الموظفة، وذلك يحصل بالنذر، لأن الوجوب يحمله على التحصيل خوفاً من مضرة الترك فيحصل مقصوده، فثبت أن حكم النذر الذي فيه تسمية هو وجوب الوفاء بما سمى.

---

(١) تقدم تخريج الحديث.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

وسواء كان النذر مطلقاً أو مقيداً أو معلقاً بشرط بأن قال: إن فعلت كذا فعليَّ لله حجٌّ أو عمرةٌ أو صومٌ أو صلاة، أو ما أشبه ذلك من الطاعات حتى لو فعل ذلك يلزمه الذي جعله على نفسه، ولم يجز عنه كفارة، وهذا قول أصحابنا (رضي الله عنهم).

وقال الشافعي (رحمه الله): إن علقه بشرط يريد كونه لا يخرج عنه بالكفارة؛ كما إذا قال: إن شفى الله مريضي أو إن قدم غائبي، فعليَّ كذا؛ وإن علقه بشرط لا يريد كونه بأن قال إن كلمت فلاناً، أو قال: إن دخلت الدار فللّه عليَّ كذا، يخرج عنه بالكفارة، وهو بالخيار إن شاء وَفَّى بالنذر وإن شاء كفر، وأصحاب الشافعي (رحمه الله) يسمون هذا يمين الغضب.

وروى عامر عن علي بن معبد عن محمد (رحمهم الله) أنه رجع عن ذلك، وقال: يجزي فيه كفارة اليمين، وروى عبد الله بن المبارك وغيره عن أبي حنيفة (رحمه الله) أنه يجزيه كفارة اليمين.

وروي إن أبا حنيفة (عليه الرحمة) رجع إلى الكفارة في آخر عمره، فإنه روي عن عبد العزيز بن خالد أنه قال: قرأت على أبي حنيفة (رحمه الله) «كتاب الأَيْمَان» فلما انتهيت إلى هذ المسألة قال: قف فإن من رأيي أن أرجع إلى الكفارة، وقال: فخرجت حاجًّا، فلما رجعت وجدت أبا حنيفة عليه الرحمة قد مات، فأخبرني الوليدُ بْنُ أبان أن أبا حنيفة رَجَعَ عن الكفارة.

والمسألة مختلفةٌ بين الصحابة (رضي الله عنهم)، روي عن علي وعبد الله بن عباس (رضي الله عنهم) أن عليه الوفاء بما سمى، وعن سيدنا عمر وعبد الله بن سيدنا عمر وسيدتنا عائشة وسيدتنا حفصة (رضي الله عنهم) أن عليه الكفارة.

احتجَّ مَنْ قال بوجوب الكفارة بقوله (جلَّتْ عَظمتُهُ): ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمانَ﴾ [المائدة:٨٩] وقوله (جل شأنه): ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] وهذا يمين، لأن اليمين بغير الله (تعالى جل شأنه) شرط وجزاء وهذا كذلك.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «النَّذْرُ يَمِينٌ وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ اليَمِينِ»[١] وهذا نص،

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٤٤) ومسلم (٣/ ٢٦) كتاب النذر، باب في كفارة النذر، حديث (١٣/ ١٦٤٥) وأبو داود (٣/ ٦١٥) كتاب الأيمان والنذور، باب من نذر نذراً لم يسمه، حديث (٣٣٢٣) والترمذي (٣/ ٤٢) كتاب النذر والأيمان، باب في كفارة النذر إذا لم يسم حديث (١٥٦٧) والنسائي (٧/ ٢٦) كتاب الأيمان والنذر، باب كفارة النذر، وابن ماجه (١/ ٦٨٧) كتاب الكفارات باب من نذر نذراً ولم يسمه. حديث (٢١٢٧) والبيهقي (١٠/ ٤٥) كتاب الأيمان، باب من قال عليّ نذر ولم يسم شيئاً من حديث عقبة بن عامر.

ولأن هذا في معنى اليمين بالله (تعالى) لأن المقصد من اليمين بالله الامتناع من المحلوف عليه أو تحصيله خوفاً من لزوم الحنث، وهذا موجود ههنا؛ لأنه إن قال: إن فعلت كذا فعليَّ حجة، فقد قصد الامتناع من تحصيل الشرط، وإن قال: إن لم أفعل كذا فعليَّ حجة، فقد قصد تحصيل الشرط، وكل ذلك خوفاً من الحنث، فكان في معنى اليمين بالله (تعالى) فيلزمه الكفارة عند الحنث.

ولنا قوله (جل شأنه): ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ........﴾ الآية [التوبة:٧٥] وغيرها من نصوص الكتاب العزيز والسنة المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر عاماً مطلقاً من غير فصل بين المطلق والمعلق بالشرط، والوفاء بالنذر هو فعل ما تناوله النذر لا الكفارة، لأن الأصيل اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف، تنجيزاً كان أو تعليقاً بشرط، والمتصرف أوقعه نذراً عليه عند وجود الشرط وهو إيجاب الطاعة المذكورة لا إيجاب الكفارة.

واحتج أبو يوسف (رحمه الله) في ذلك وقال: القولُ بوجوب الكفارة يؤدِّي إلى وجوب القليل بإيجاب الكثير، ووجوب الكثير بإيجاب القليل؛ لأنه لو قال: إن فعلت كذا فعليَّ صومُ سنة، أو إطعام ألف مسكين، لزمه صوم ثلاثة أيام أو إطعام عشرة مساكين.

ولو قال: إن فعلت كذا فعليَّ صوم يوم أو إطعام مسكين، لزمه إطعام عشرة مساكين أو صوم ثلاثة، ولا حجة لهم بالآية الكريمة، لأنَّ المراد بها اليمين بالله (عزَّ شأنه)، لأن الله (تعالى) أثبت باليمين المعقودة ما نفاه بيمين اللغو بقوله (تعالى جلَّت كبرياؤه): ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ﴾ [المائدة:٨٩] والمراد من النفي اليمين بالله (تعالى) كذا في الإثبات، والحديث محمول على النذر المبهم؛ توفيقاً بين الدلائل؛ صيانةً لها عن التناقض.

وأما قولهم: إنَّ هذا في معنى اليمين بالله (تعالى)، ممنوع بأنَّ النذر المعلق بالشرط صريح في الإيجاب عند وجود الشرط، واليمين بالله (تعالى) ليس بصحيح في الإيجاب، وكذا الكفارة في اليمين بالله (تعالى) تجب جبراً لهتك حرمة اسم الله (عز اسمه) الحاصل بالحنث، وليس في الحنث ههنا هتك حرمة اسم الله تعالى، وَإنما فيه إيجاب الطاعة، فلم يَكُنْ في معنى اليمين بالله (تعالى).

ثُمَّ الوَفَاءُ بالمنذور به نفسه حقيقة إِنَّما يجبُ عِنْدَ الإِمْكَان، فأما عند التعذر فإنما يجب الوفاء به تقديراً بخلفه؛ لأن الخلف يقوم مقام الأصل؛ كأنه هو كالتراب حال عدم الماء، والأشهر حال عدم الإقراء، حتى لو نذر الشيخ الفاني بالصوم يصح نذره وتلزمه الفدية؛ لأنه عاجزٌ عن الوفاء بالصوم حقيقة، فيلزمه الوفاء به تقديراً بخلفه، ويصير كأنه صام.

وعلى هذا يخرج أيضاً النذر بذبح الولد أنه يصح عند أبي حنيفة (رحمه الله) ومحمد (رحمه الله) ويجب ذبح الشاة؛ لأنه إن عجز عن تحقيق القربة بذبح الولد حقيقة، لم يعجز عن تحقيقها بذبحه تقديراً بذبح خلفه وهو الشاة، كما في الشيخ الفاني إذا نذر بالصوم.

وأما وجوب الكفارة عند فوات المنذور به إذا كان متعيناً بأن نذر صوم شهر بعينه، ثم أفطر فهل هو من حكم النذر؟ فجملة الكلام فيه أن الناذر لا يخلو إما إن قال ذلك ونوى النذر ولم يخطر بباله اليمين، أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً، أو لم يخطر بباله شيء لا النذر ولا اليمين، أو نَوَىٰ اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى اليمين ونوى أَنْ لا يكون نذراً، أو نوى النذر واليمين جميعاً؛ فإن لم يخطر بباله شيء لا النذر ولا اليمين، أو نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين، أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً، يكون نذراً بالإجماع.

وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ولا يكون نذراً بالاتفاق، وإن نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر، أو نوى النذر واليمين جميعاً كان نذراً ويميناً في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يكون يميناً ولا يكون نذراً.

والأصل عند أبي يوسف لا يتصور أن يكون الكلام الواحد نذراً ويميناً، بل إذا بقي نذراً لا يكون يميناً، وإذا صار يميناً لم يبق نذراً، وعند أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله) يجوز أن يكون الكلام الواحد نذراً أو يميناً.

وجه قول أبي يوسف: أَنَّ الصيغةَ للنذر حقيقة وتحتمل اليمين مجازاً لمناسبة بينهما يكون كل واحد منهما سبباً لوجوب الكف عن فعلٍ أو الإقدام عليه، فإذا بقيت الحقيقة معتبرة لم يثبت المجاز، وإذا انقلب مجازاً لم تبق الحقيقة، لأَن الكلام الواحد لا يشتمل على الحقيقة والمجاز لما بينهما من التنافي؛ إذ الحقيقة من الأَسامي ما تقرر في المحل الذي وضع له، والمجاز ما جاوز محل وضعه وانتقل عنه إلى غيره لضرب مناسبة بينهما، ولا يتصور أن يكون الشيء الواحد في زمان واحد متقرراً في محله ومنتقلاً عنه إلى غيره.

ولهما: أن النذر فيه معنى اليمين؛ لأن النذر وضع لإيجاب الفعل مقصوداً تعظيماً لله (تعالى)، وفي اليمين وجوب الفعل المحلوف عليه إلاَّ أن اليمين ما وضعت لذلك، بل لتحقيق الوعد والوعيد ووجوب الفعل لضرورة تحقق الوعد والوعيد، لا أنه يثبت مقصوداً باليمين؛ لأنها ما وضعت لذلك، وَإذا كان وجوب الفعل فيها لغيره لم يكن الفعل واجباً في نفسه، ولهذا تنعقد اليمين في الأفعال كلها، واجبة كانت أو محظورة أو مباحة، ولا ينعقد النذر إلاَّ فيما لله (تعالى) من جنسه إيجاب، ولهذا لم يصح اقتداء الناذر بالناذر لتغاير الواجبين، لأن صلاة كل واحد منهما وجبت بنذره، فتتغاير الواجبات ولم يصح الاقتداء، ويصح اقتداء الحالف بالحالف؛ لأَن المحلوف عليه إذا لم يكن واجباً في نفسه، كان في نفسه نفلاً؛ كأن اقتدى المتنفل بالمتنفل فصح.

وإذا ثبت أن المنذور واجب في نفسه والمحلوف واجب لغيره، فلا شك أن ما كان واجباً في حقِّ نفسه، كان في حق غيره واجباً، فكان معنى اليمين وهو الوجوب لغيره موجوداً في النذر، فكان كل نذر فيه معنى اليمين إلاَّ أنه لا يعتبر لوقوع النسبة بوجوبه في حق نفسه عن وجوبه في حق غيره، فإذا نواه فقد اعتبره فصار نذراً ويميناً، وبه تبين أن ليس هذا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظٍ واحدٍ؛ لأن المجاز ما جاوز محل الحقيقة إلى غيره لنوع مناسبة بينهما، وهذا ليس من هذا القبيل، بل هو من جعل ما ليس بمعتبر في محل الحقيقة مع وجوده وتقرره معتبراً بالنسبة، فلم يكن من باب المجاز.

والدليل على أنه يجوز اشتمال لفظ واحدٍ على معنيين مختلفين كالكتابة والإعتاق على مال إن كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين ومعنى المعاوضة على ما ذكرنا في «كتاب العتاق» و«المكاتب».

وأما النذر الذي لا تسميه فيه فحكمه وجوب ما نوى إن كان الناذر نوى شيئاً، سواء كان مطلقاً عن شرط أو معلقاً بشرط؛ بأن قال: للَّهِ عَلَيَّ نذرٌ، أو قال: إن فعلت كذا فالله عليَّ نذر؛ فإن نوى صوماً أو صلاة أو حجًّا أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال، وفي المعلق بالشرط عند وجود الشرط، ولا تجزيه الكفارة في قول أصحابنا على ما بينا، وإن لم تكن له نية، فعليه كفارة اليمين، غير أنه إن كان مطلقاً يحنث للحال، وإن كان معلقاً بشرط يحنث عند الشرط؛ لقوله (عليه السلام): «النَّذْرُ يَمِينٌ وَكَفَّارَتُهُ كَفَارَةُ اليَمِينِ»[(١)] والمراد منه النذر المبهم الذي لا نية للناذر فيه، وسواء كان الشرط الذي علق به هذا النذر مباحاً أو معصية بأنْ قال: إنْ صمتُ أو صلَّيْتُ، فالله عليَّ نذرٌ، ويجب عليه أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «مَنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِينٍ فَرَأَىٰ غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا، فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ»[(٢)].

---

(١) ينظر: تخريج الحديث السابق.

(٢) أما الرواية فوردت من حديث أبي هريرة، من رواية أبي حازم عنه أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧١ ـ ١٢٧٢) كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يميناً، فرأى غيرها خيراً منها أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه، حديث (١١/ ١٦٥٠) والبيهقي (١٠/ ٣٢) كتاب الأيمان، باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه بلفظ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأتها وليكفر عن يمينه» ومن رواية عبد العزيز بن المطلب عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة لفظ الباب أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٢) كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها حديث (١٣/ ١٦٥٠) من حديث عدي بن حاتم أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٤٧) كتاب الأيمان والنذور باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه، حديث (١٢١٨) وأحمد (٤/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧ ـ ٢٥٨) والدارمي (٢/ ١٨٦) كتاب الأيمان والنذور، باب من حلف =

....

= على يمين فرأى غيرها خيراً منها، ومسلم (٣/ ١٢٧٢ ـ ١٢٧٣) كتاب الأيمان باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها، أن يأتي الذي هو خير، يكفر عن يمينه، حديث (١٦، ١٨/ ١٦٥١) والنسائي (٧/ ١٠ ـ ١١) كتاب الأيمان والنذور، باب الكفارة بعد الحنث، وابن ماجه (١/ ٦٨١) كتاب الكفارات، باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها حديث (٢١٠٨) والحاكم (٤/ ٣٠٠ ـ ٣٠١) كتاب الأيمان والنذور، باب لا نذر في معصية الرب ولا في قطيعة الرحم والبيهقي (١٠/ ٣٢) كتاب الأيمان، باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه، بلفظ فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه.

ومن حديث عبد الرحمن بن سمرة بلفظ: «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك» ومنهم من قال: «فكفر عن يمينك وائت الذي هو خير».

والحديث أخرجه أحمد (٥/ ٦٢ ـ ٦٣) والدارمي (٢/ ١٨٦) كتاب الأيمان والنذر، باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها، والبخاري (١١/ ٥١٦ ـ ٥١٧) كتاب الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾ حديث (٦٦٢٢) ومسلم (٣/ ١٢٧٣ ـ ١٢٧٤) كتاب الأيمان باب ندب من حلف يميناً، فرأى غيرها خيراً منها، حديث (٩/ ١٦٥٢) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٤٧) كتاب الأيمان والنذور، باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه، حديث (١٢١٩) والنسائي (٧/ ١٢) كتاب الأيمان والنذور، باب الكفارة بعد الحنث وأبو داود (٣/ ٥٨٤) كتاب الأيمان والنذور، باب الرجل يكفر قبل أن يحنث حديث (٣٢٧٧) وابن الجارود في المنتقى ص (٣١٠): باب ما جاء في الأيمان حديث (٩٢٩) والبيهقي (١٠/ ٣١) كتاب الأيمان، باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه والخطيب في تاريخ بغداد (٢/ ٤٠٠) من طرق عن الحسن عن عبد الرحمن به ومن حديث عبد الرحمن بن أذينة عن أبيه أخرجه الطيالسي (١/ ٢٤٧) كتاب الأيمان والنذور، باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه. حديث (١٢٢٠).

ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رواه أحمد (٢/ ٢٠٤) بلفظ: «فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»، ورواه الطيالسي (١/ ٢٤٧) كتاب الأيمان والنذور، باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها حديث (١٢٢١) وأحمد (٢/ ٢١٢) وأبو داود (٣/ ٥٨٢) كتاب الأيمان والنذور، باب اليمين في قطيعة الرحم. حديث (٣٢٧٤) وابن ماجه (١/ ٦٨٢) كتاب الكفارات، باب من قال كفارتها تركها حديث (٢١١١) بلفظ: «فليدعها وليأت الذي هو خير فإن تركها كفارتها».

وقال أبو داود: الأحاديث كلها عن النبي ﷺ «وليكفر عن يمينه» إلا فيما لا يعبأ به يعني ممن ترك ذكر الكفارة. وقال تركها كفارتها.

ومن حديث مالك الجشمي رواه النسائي (٧/ ١١) كتاب الأيمان والنذور، باب الكفارة بعد الحنث، وابن ماجه (١/ ٦٨١) كتاب الكفارات، باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها، حديث (٢١٠٩).

وأما الرواية الثانية وهي تقديم الكفارة فوردت من حديث أبي هريرة أيضاً من رواية مالك وسليمان بن بلال عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رواه مالك (٢/ ٤٧٨) كتاب النذور والأيمان، باب ما تجب فيه الكفارة من الأيمان حديث (١١) وأحمد (٢/ ٣٦١) ومسلم (٣/ ١٢٧٢) كتاب الأيمان، باب =

ولو نوى في النذر المبهم صياماً ولم ينو عدداً فعليه صيام ثلاثة أيام في المطلق للحال، وفي المعلق إذا وجد الشرط، وإن نوى طعاماً ولم ينو عدداً فعليه طعام عشرة مساكين لكلِّ مسكينٍ نصف صاع من حنطة؛ لأنه لو لم يكن له نية لكان عليه كفارة اليمين؛ لما ذكرنا أن النذر المبهم يمين وأن كفارته كفارة يمين، فلمَّا نَوَىٰ به الصيام انصرف إلى صيام الكفارة وهو صيام ثلاثة أيام وانصرف الإطعام إلى طعام الكفارة وهو إطعام عشرة مساكين.

ولو قال: لله عليَّ صدقة فعليه نصف صاع، ولو قال: لله عليَّ صوم فعليه صوم يوم،

= من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها، حديث (١٢) والترمذي (٤/ ١٠٧) كتاب الأيمان والنذور، باب ما جاء في الكفارة قبل الحنث، حديث (١٥٣٠) والبغوي في التفسير، والبيهقي (١٠/ ٥٣) كتاب الأيمان باب الكفارة قبل الحنث.

ومن حديث عدي بن حاتم أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٣) كتاب الأيمان باب ندب من حلف يميناً، فرأى غيرها خيراً منها. حديث (١٧/ ١٦٥١) ومن حديث أم سلمة الطبراني (٢٣/ رقم ٦٩٤) والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٣٠٨) حديث (٥١٤).

ومن حديث عبد الرحمن بن سمرة أيضاً أخرجه أحمد (٥/ ٦٢ ـ ٦٣) والدارمي (٢/ ١٨٦) كتاب النذور والأيمان، باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها، والبخاري (١١/ ٥١٦ ـ ٥١٧) كتاب الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾ حديث (٦٦٢٢) ومسلم (٣/ ١٢٧٣) كتاب الأيمان باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها. حديث (١٩/ ١٦٥٢) والطيالسي المسند ص (١٩٢)، حديث (١٣٥١) وأبو داود (٣/ ٥٨٥) كتاب الأيمان والنذور، باب الرجل يكفر قبل أن يحنث، حديث (٣٢٧٨) والنسائي (٧/ ١٠) كتاب الأيمان والنذور، باب الكفارة قبل الحنث، والبيهقي (١٠/ ٥٢ ـ ٥٣) كتاب الأيمان باب الكفارة قبل الحنث، والخطيب في تاريخ بغداد (٤/ ٢٢٨) ومن حديث أبي موسى.

أخرجه الطيالسي (١/ ٢٤٧) كتاب اليمين والنذر، باب من حلف على يمين فرأى خيراً منها، حديث (١٢١٧) وأحمد (٤/ ٣٩٨) والبخاري (١١/ ٥١٧) كتاب الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾ حديث (٦٦٢٣) ومسلم (٣/ ١٢٦٨ ـ ١٢٦٩) كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها. حديث (٧/ ١٦٤٩) وأبو داود (٣/ ٥٨٣ ـ ٥٨٤) كتاب الأيمان والنذور، باب الرجل يكفر قبل أن يحنث حديث (٣٢٧٦) والنسائي (٧/ ٩ ـ ١٠) كتاب الأيمان والنذور، باب الكفارة قبل الحنث، وابن ماجه (١/ ٦٨١) كتاب الكفارات، باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها، حديث (٢١٠٧) والطبراني في المعجم الصغير (١/ ٥٦ ـ ٥٧) والبيهقي (١٠/ ٥١) كتاب الأيمان، باب الكفارة قبل الحنث عنه عن النبي ﷺ في قصة وفيه قول النبي ﷺ: «والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير» وله طرق وألفاظ.

ومن حديث عائشة:

الحاكم (٤/ ٣٠١) كتاب الأيمان والنذور، باب لا نذر في معصية الرب ولا في قطيعة الرحم بنحو حديث أبي موسى وصححه الحاكم على شرطهما ووافقه الذهبي من حديث أبي الدرداء رواه الحاكم (٤/ ٣٠١) والبيهقي (١٠/ ٥٢) كتاب الأيمان، باب الكفارة قبل الحنث.

ولو قال: لله عليَّ صلاة، فعليه ركعتان؛ لأن ذلك أدنى ما ورد الأمر به، والنذر يعتبر بالأمر، فإذا لم ينو شيئاً ينصرف إلى أدنى ما ورد به الأمر في الشرع.

وَأَمَّا وقت ثبوت هذا الحكم، فالنذر لا يخلو إما أن يكون مطلقاً، وإمَّا أن يكون معلقاً بشرط أو مقيداً بمكان أو مضافاً إلى وقت، والمنذور لا يخلو إما إن كان قربة بدنية كالصوم والصلاة، وإما إن كان مالية كالصدقة، فإن كان النذر مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان فوقت ثبوت حكمه، وهو وجوب المنذور به هو وقت وجود النذر، فيجب عليه في الحال مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان؛ لأنَّ سبب الوجوب وجد مطلقاً فيثبت الوجوب مطلقاً.

وإن كان معلقاً بشرط نحو أنْ يقولُ: إن شفى الله مريضي، أو إن قدم فلان الغائب فالله عليَّ أَنْ أصوم شهراً؛ أو أصلي ركعتين، أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك، فوقّته وقت الشرط، فما لم يوجد الشرط لا يجب بالإجماع، ولو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون نفلاً؛ لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لأن تعليق النذر بالشرط هو إثبات النذر بعد وجود الشرط؛ كتعليق الحرية بالشرط إثبات الحرية بعد وجود الشرط، فَلاَ يَجِبُ قبل وجود الشرط لانعدام السبب قبله وهو النذر، فلا يجوز تقديمه على الشرط؛ لأنه يكون أداء قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب، فلا يجوز كما لا يجوز التكفير قبل الحنث؛ لأنه شرط أن يؤديه بعد وجود الشرط فيلزمه مراعاة شرطه؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1] وإن كان مقيداً بمكان؛ بأن قال: لله عليَّ أن أصلي ركعتين في موضع كذا، أو أتصدق على فقراء بلد كذا، يجوز أداؤه في غير ذلك المكان عند أصحابنا الثلاثة (رحمهم الله)، وعند زفر (رحمه الله)؛ لا يجوز إلاَّ في المكان المشروط.

وجه قوله: أنه أوجب على نفسه الأداء في مكان مخصوص؛ فإذا أدّى في غيره لم يكن مؤدياً ما عليه، فلا يخرج عن عهدة الواجب؛ ولأن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله (تعالى) مقيداً بمكان لا يجوز أداؤه في غيره، كالنحر في الحرم والوقوف بعرفة والطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة؛ كذا ما أوجبه العبد.

ولنا أَنَّ المقصودَ والمبتغى من النذر هو التقرب إلى الله (عزَّ وجلَّ) فلا يدخل تحت نذره إلا ما هو قربة، وليس في عين المكان وإنما هو محل أداء القربة فيه فلم يكن بنفسه قربة، فلا يدخل المكان تحت نذره فلا يتقيد به، فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة، وإن كان مضافاً إلى وقت بأن قال: لله عليَّ أن أصوم رجب، أو أصلي ركعتين يوم كذا، أو أتصدق بدرهم في يوم كذا، فوقّت الوجوب في الصدقة هو وقت وجود النذر في قولهم جميعاً حتى يجوز تقديمها على الوقت بلا خلافٍ بين أصحابنا.

---

(١) تقدم تخريجه.

واختلف في الصوم والصلاة، قال أبو يوسف: وَقْتُ الوجوب فيهما وقت وجود النذر، وعند محمد (عليه الرحمة) وقت مجيء الوقت حتى يجوز تقديمه على الوقت في قول أبي يوسف، ولا يجوز في قول محمدٍ (رحمه الله).

وجه قول محمد أن النذر إيجاب ما شرع في الوقت نفلاً؛ ألا ترى أن النذر بما ليس بمشروع نفلاً وفي وقت لا يتصور؛ كصوم الليل وغيره لا يصح، والناذر أوجب على نفسه الصوم في وقت مخصوص، فلا يجب عليه قبل مجيئه؛ بخلاف الصدقة؛ لأنها عبادة مالية لا تعلق بها بالوقت، بل بالمال، فكان ذكر الوقت فيه لغواً بخلاف العبادة البدنية.

وجه قول أبي يوسف أن الوجوب ثابتٌ قبل الوقت المضاف إليه النذر، فكان الأَداء قبل الوقت المذكور أداء بعد الوجوب فيجوز.

والدليل على تحقق الوجوب قبل الوقت المعين وجهان:

أحدهما: أن العبادات واجبة على الدوام بشرط الإمكان وانتفاء الحرج؛ بالنصوص والمعقول.

أما النصوص: فقوله (عزَّ شأنه): ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اركَعُوا واسجُدُوا وَاعبُدُوا رَبَّكُم﴾ [الحج:٧٧] وقوله تعالى: ﴿اعْبُدُوا اللَّهَ وَلاَ تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً﴾ [النساء:٣٦] ونحو ذلك.

وأما المعقول: فهو العبادة ليست إلاَّ خدمة المولى، وخدمة المولى على العبد مستحقة، والتبرع من العبد على المولى محال، والعبودية دائمة، فكان وجوب العبادة عليه دائماً؛ ولأَن العبادات وجبت شكراً للنعمة، والنعمة دائمة، فيجب أن يكون شكرها دائماً حسب دوام النعمة، إلاَّ أَنَّ الشرع رخص للعبد تركها في بعض الأوقات، فإذا نذر فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة؛ كالمسافر إذا اختار صوم رمضان فصام سقط عنه الفرض؛ لأن الواجب عليه هو الصوم إلاَّ أنه رخص له تركُه لعذر السفر، فإذا صام فقدِ اختار العزيمة وترك الرخصة، فعاد حكم العزيمة لهذا المعنى، كان الشروع في نفل العبادة اللزوم في الحقيقة بما ذكرنا من الدلائل بالشروع إلاَّ أنه لما شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخص فعاد حكم العزيمة؛ كذا في النذر.

والثاني: أنه وجه سبب الوجوب للحال وهو النذر، وإنما الأَجل ترفيه يترفه به في التأخير، فإذا عجل فقد أحسن في إسقاط الأَجل، فيجوز كما في الإقامة في حق المسافر لصوم رمضان، وهذا لأن الصيغة صيغة إيجاب، أعني: قوله: لله عليَّ أن أصوم، والأصلُ في كلِ لفظ موجود في زمان اعتباره فيه فيما يقتضيه في وضع اللغة، ولا يجوز إبطاله ولا تغييره إلى غير ما وضع له إلاَّ بدليل قاطع أو ضرورة داعية.

ومعلومٌ أنه لا ضرورة إلى إبطال هذه الصيغة ولا إلى تغييرها، ولا دليل سوى ذكر الوقت وأنه محتمل قد يذكر للوجوب فيه كما في باب الصلاة، وقد يذكر لصحة الأداء كما في الحج والأضحية، وقد يذكر للترفيه والتوسعة كما في وقت الإقامة للمسافر والحول في باب الزكاة، فكان ذكر الوقت في نفسه محتملاً، فلا يجوزُ إبطال صيغة الإيجاب الموجودة للحال مع الاحتمال، فبقيت الصيغة موجبة وذكر الوقت للترفيه والتوسعة؛ كيلا يؤدي إلى إبطال الثابت بيقين إلى أمر محتمل، وبه تبين أن هذا ليس بإيجاب صوم رجب عيناً، بل هو إيجاب صوم مقدور بالشهر، أيّ شهرٍ كان، فكان ذكر رجب لتقرير الواجب لا للتعيين، فأيُّ شهرٍ اتصل الأداء به تعين ذلك الشهر للوجوب فيه، وإن لم يتصل به الأداء إلى رجب تعين رجب لوجوب الأداء فيه، فكان تعيين كل شهر قبل رجب باتصال الأداء به وتعيين رجب بمجيئه قبل اتصال الأداء بشهر قبله؛ كما في باب الصلاة أنها تجب في جزء من الوقت غير عين؛ وإنما يتعين الوجوب بالشروع إن شرع فيها، وإن لم يشرع إلى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب، وهو الصحيح من الأقاويل على ما عرف في أصول الفقه، وكما في النذر المطلق عن الوقت وسائر الواجبات المطلقة عن الوقت من قضاء رمضان والكفارة وغيرهما، أنها تجب في مطلق الوقت في غير عينٍ، وإنما يتعين الوجوب إما باتصال الأداء به، وإما بآخر العمر إذا صار إلى حال لو لم يؤد لفات بالموت.

وأما كيفية ثبوته، فالنذر لا يخلو إما أن أضيف إلى وقت مبهم، وإما إن أضيف إلى وقت معين؛ فإن أضيف إلى وقت مبهم بأن قال: لله عليَّ أن أصوم شهراً، ولا نية له، فحكمه هو حكم الأمر المطلق عن الوقت.

واختلف أهل الأصول في ذلك أن حكمه وجوب الفعل على الفور أم على التراخي، حكى الكرخي (رحمه الله) عن أصحابنا أنه على الفورِ.

وروى ابن شجاع البلخي عن أصحابنا أنه يجب وجوباً مُوَسَّعاً، فظهر الاختلاف بين أصحابنا في الحجِّ، فعند أبي يوسف يجب على الفور، وعند محمد على التراخي، وروي عن أبي حنيفة (عليه الرحمة) مثل قول أبي يوسف.

وقال عامة مشايخنا بما وراء النهر أنه على التراخي، وتفسير الواجب على التراخي عندهم أنه يجب في جزء من عمره غير عينٍ، وإليه خيار التعيين، ففي أي وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب، وإن لم يشرع يتضيق الوجوب في آخر عمره إذا بقي من آخر عمره قدر ما يمكنه الأداء فيه بغالب ظنه، حتى لو مات قبل الأداء يأثم بتركه، وهو الصحيح؛ لأنَّ الأمر بالفعل مطلق عن الوقت، فلا يجوز تقييده إلاَّ بدليلٍ؛ فكذلك النذر؛ لأن النصوص المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر مطلقة عن الوقت، فلا يجوز تقييدها إلاَّ بدليل؛ وكذا سبب الوجوب وهو

النذر وجد مطلقاً عن الوقت، والحكم يثبت على وفق السبب، فيجب عليه أن يصوم شهراً من عمره غير عين، وخيار التعيين إليه إلى أن يغلب على ظنه الفوات لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذٍ.

وكذا حكم الاعتكاف المضاف إلى وقت مبهم؛ بأن قال: لله عليَّ أن أعتكف شهراً ولا نية له، وهذا بخلاف اليمين بالكلام؛ بأن قال: والله لا أكلم فلاناً شهراً، أنه يتعين الشهر الذي يلي اليمين.

وكذا الإجارة بأن آجر داره أو عبده شهراً، فإنه يتعين الشهر الذي يلي العقد؛ لأَنه أضاف النذر إلى شهر منكر، والصرف إلى الشهر الذي يلي النذر يعين المنكر، ولا يجوز تعيين المنكر إلا بدليلٍ هو الأصل؛ وقد قام دليل التعيين في باب اليمين والإجارة؛ لأن غرض الحالف منع نفسه عن الكلام، والإنسانُ إنما يَمْنَعُ نفسه عن الكلام مع غيره لإهانته والاستخفاف به لداعٍ يدعوه إلى ذلك الحال، والإجارة تنعقد للحاجة إلى الانتفاع بالمستأجر، والحاجة قائمة عقيبَ العقد، فيتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الإجارة، ويجوز تعيين المبهم عند قيام الدليل المعين، ولو نوى شهراً معيناً صحت نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وفيه تشديد عليه، ثم في النذر المضاف إلى وقت مبهم إذا عين شهراً للصوم فهو بالخيار إن شاء تابع وإن شاء فرق؛ بخلاف الاعتكاف أنه إذا عَيَّنَ شهراً للاعتكاف فلا بد وأن يعتكف متتابعاً في النهار والليالي جميعاً؛ لأن الإيجاب في النوعين حصل مطلقاً عن صفة التتابع، إلاَّ أن في ذات الاعتكاف ما يوجب التتابع وهو كونه لبثاً على الدوام، فكان مبناه على الاتصال، والليالي والنهر قابلة لذلك، فلا بد من التتابع، ومبني الصوم ليس على التتابع بل على التفريق لما بين كل يومين ما لا يصلح له وهو الليل فبقي له الخيار، وَإن أضيف إلى وقت معين بأن قال: لله عليَّ أصوم غداً؛ يجب عليه صوم الغد وجوباً مضيقاً، ليس له رخصة التأخير من غير عذرٍ.

وكذا إذا قال: لله عليَّ صوم رجب، فلم يصم فيما سبق من الشهور على رجب حتى هجم رجب، لا يجوز له التأخير من غير عذرٍ؛ لأَنه إذا لم يصم قبله حتى جاء رجب تعين رجب لوجوب الصوم فيه التضييق، فلا يباح له التأخير.

ولو صام رجب وأفطر منه يوماً لا يلزمه الاستقبال، ولكنه يقضي ذلك اليوم من شهر آخر، بخلاف ما إذا قال: لله عليَّ أَن أصوم شهراً متتابعاً، أو قال: أصوم شهراً، ونوى التتابع، فأفطر يوماً، أنه يستقبل لأن هناك أوجب على نفسه صوماً موصوفاً بصفة التتابع، وصح الإيجاب؛ لأن صفة التتابع زيادة قربة لما يلحقه بمراعاتها من زيادة مشقة، وهي صفة معتبرة شرعاً، ورد الشرع بها في كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين عندنا، فيصح التزامه بالنذر فيلزمه كما التزم، فإذا ترك فلم يأت بالملتزم فيستقبل كما في صوم كفارة الظهار والقتل.

فأما ههنا فما أوجب على نفسه صوماً متتابعاً، وإنما وَجَب عليه التتابع لضرورة تجاور الأيام؛ لأن أيام الشهر متجاورة، فكانت متتابعة، فلا يلزمه إلاّ قضاء ما أفطر، كما لو أفطر يوماً من رمضان لا يلزمه إلاّ قضاؤه، وَإن كان صوم شهر رمضان متتابعاً لما قلنا؛ كذا هذا.

ولأنَا لو ألزمناه الاستقبال لوقع أكثر الصوم في غير ما أضيف إليه النذر، ولو أتم وقضى يوماً لكان مؤدياً أكثر الصوم في الوقت المعين، فكان هذا أولى.

ولو أفطر رجب كله، قضى في شهر آخر؛ لأنه فوت الواجب عن وقته فصار ديناً عليه، والدين مقضى على لسان رسولِ الله ﷺ، ولهذا وجب قضاء رمضان إذا فات عن وقته؛ ولأنَ الوجوب عند النذر بإيجاب الله (عزَّ شأنه) فيعتبر بالإيجاب المبتدأ وما أوجبه الله (تعالى عزَّ شأنه) على عباده ابتداء لا يسقط عنه إلاّ بالأداء أو بالقضاء؛ كذا هذا، والله (تعالى عزَّ شأنه) أعلم.

كِتَابُ الكَفَّارَاتِ[1]

الكلام في الكفارات في مواضع: في بيان أنواعها؛ وفي بيان وجوب كلِّ نوع، وفي بيان كيفية وجوبه، وفي بيان شرط وجوبه، وفي بيان شرط جوازه.

---

(١) الكفارات جمع مفردة كفارة، وهي في الأصل صفة مبالغة كعلامة. ثم غلب استعمالها اسما فيما يستر الذنب ويمحوه، وهذه المادة في اللغة تنبيء عن الستر لأنها مأخوذة من الكفر «بفتح الكاف» ومعناه الستر ومنه سمي الليل كافراً، لأنه يستر الشيء بظلمته قال الشاعر: في ليلة كفر النجوم غمامها وسمي الزارع كافراً لأنه يستر البذر بالتراب، وسميت الأشياء المصطلح عليها في الشريعة «كفارات» لأنها تستر الذنب وتمحو أثره.

تعريفها شرعاً: هي في اصطلاح الفقهاء. اسم لأشياء مخصوصة طلبها الشارع عند ارتكاب مخالفات معينة.

وقد عرفها الرحماني من الشافعية فقال: هي مال أو صوم وجب بسبب كحلف أو قتل أو ظهار. واعترض هذا التعريف بأنه غير جامع وغير مانع. أما كونه غير جامع، فلأنه لم تذكر فيه كفارة إفساد الصوم مع أنها من الكفارات ويدفع هذا الاعتراض بأن الكاف للتمثيل وليست للاستقصاء وإلا لما ورد الاعتراض بعدم المنع.

وأما كونه غير مانع، فلأنه يشمل الفدية التي هي مال أو صوم وجب عوضاً عن المفدي من غير إثم غالباً كفدية الحلق مع أنها مغايرة للكفارة؛ لأن الغالب في سببها الإثم.

ولما رأى بعضهم أن هذا التعريف قد ورد عليه ما ورد من الاعتراض. وهو عدم الجمع والمنع وعرفها بعضهم بتعريف آخر فقال: هي مال أو صوم وجب بسبب من حلف أو قتل أو ظهار أو جماع نهار رمضان عمداً فهذا التعريف وإن كان مانعاً لأنه لا يشمل الفدية كالتعريف السابق، لأن «من» في قوله: «من حلف الخ» بيانية، والأسباب المذكورة غير الفدية. إلا أن الاعتراض بعدم الجمع لا يزال قائماً من جهة المذاهب الأخرى، لأنه بين فيه أن السبب هو الجماع العمد في نهار رمضان وهو جزئي السبب عند غير الشافعية ويمكن أن يجاب بأن هذا التعريف للشافعية وهم لا يعتبرون غير الجماع العمد سبباً للكفارة، فيكون التعريف جامعاً مانعاً على رأيهم.

والناظر في أسباب الكفارات وأنواعها في المذاهب المختلفة لا يسعه إلا أن يعرفها بالتعريف الجامع المانع الذي ذكرته أولاً وهو أن الكفارة اسم لأشياء مخصوصة وهي «المال أو الصوم» طلبها الشارع عند ارتكاب مخالفات معينة وهي في الصوم الجماع العمد وما ألحق به عند الشافعية، أو الجماع وما ألحق به عند الحنابلة، أو الجماع العمد في أحد السبيلين، أو ما يصلح البدن أكلاً أو شرباً أو تداوياً عرفاً عند الحنفية، =

....

= أو الجماع العمد وما ألحق به ومثله استدعاء المني، أو تناول ما يصلح البدن أو لا يصلحه، أو قطع النية نهاراً عند المالكية، أو كل ما تعمد الفطر به عند غيرهم، وهذا التعريف هو الذي تميل إليه النفس لسلامته من الاعتراضات التي وردت على غيره. والناظر في التشريع الإسلامي يجد أن المعاصي ثلاثة أنواع نوع يوجب الحد كالزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر. ونوع يوجب الكفارة مثل الحنث في اليمين والظهار مع العود وإفساد صوم رمضان عمداً، ونوع لا يوجب حداً ولا كفارة، وإنما يوجب تعزيراً من الحاكم وذلك كثير، كضرب الغير للأذى، والقبلة للأجنبية، والنظر إليها بشهوة، وغير ذلك مما لم يشرع فيه حد ولا كفارة مقدرة.

ومقتضى هذا التقسيم الذي يثبت التباين في العقوبة بين الأنواع الثلاثة أن الكفارة مغايرة للحق مباينة له، كما أنها مباينة للتعزير ومغايرة له، وهذا شيء لا يتأتى فيه خلاف بين العلماء، ولا ثمرة للخلاف فيه إن وجد، وإنما الخلاف الذي وجد بينهم وله ثمرته هو: هل الحدود كفارات لما أقيمت فيه من الذنوب؟ فمن أقيم عليه الحد في معصية شرع فيها الحد لم يعذب عليها في الآخرة ـ أوليست كفارات لها؟ فيعذب في الدنيا عليها ولا يغنيه ذلك عن عذاب الآخرة.

وذهب الجمهور من العلماء ومنهم الشافعية والظاهرية إلى أن عذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة، وذهب آخرون إلى أنه لا يسقطه إلا إذا انضم إليه توبة خالصة، وبه جزم بعض التابعين،وعليه الحنفية والمعتزلة، وبعض المفسرين كالبغوي. وتوقف آخرون فقالوا: لا ندري أعذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة أم غير مسقط له.

استدل الفريق الأول بما روي عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال وحوله عصابة من أصحابه: بايعوني على ألا تشركوا بالله شيئاً ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصوا في معروف فمن وفى منكم فأجره على الله. ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئاً ثم ستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه. فبايعناه على ذلك.

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ ذكر فيما ذكر من المعاصي الزنا والسرقة وهما من الذنوب التي شرع فيها حد معلوم في الدنيا وأخبر أن من ارتكب ذنباً من الذنوب التي ذكرها في الحديث وعوقب عليها في الدنيا كان العقاب كفارة لذنبه وهذا صريح في أن عذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة مطلقاً تاب أو لم يتب. لأن الحديث لا ذكر للتوبة فيه ويؤيد هذا ما روي عن علي كرم الله وجهه من حديث المبايعة وفيه من أصاب ذنباً فعوقب به في الدنيا فالله أكرم من أن يثني العقوبة على عبده في الآخرة.

واستدل الفريق الثاني بما ورد من الآيات القرآنية مشتملاً على الوعيد بالعذاب الأخروي على ارتكاب تلك المعاصي. مثل قوله تعالى في سورة الفرقان: ﴿والذين لا يدعون مع الله آلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا إلا من تاب وآمن وعمل عملا صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفورا رحيما﴾ وقوله تعالى في سورة النساء: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما﴾ وقوله تعالى في سورة المائدة: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾. =

....

= ووجه الدلالة من هذه الآيات: ظاهر فإن الله سبحانه وتعالى قد أوجب في تلك المعاصي حدوداً مقدرة في الدنيا ومع ذلك فقد أخبر بأن فاعلها سيعاقب في الآخرة ما لم يتب توبة خالصة. بل إن بعض الآيات يفيد أنه معذب سواء تاب أم لم يتب مثل قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها...﴾ الآية. ولكن هذا الظاهر غير معمول به عند جمهور العلماء لأن التوبة من الذنب نافعه لقوله تعالى: ﴿إنما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم وكان الله عليماً حكيماً﴾ وقوله عز وجل: ﴿وإني لغفار لمن تاب وآمن وعمل صالحاً ثم اهتدى﴾.
وأما أصحاب الرأي الثالث فقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن الأدلة في هذا الباب متعارضة ولم يوجد ما يرجح أحد الرأيين على الآخر، فوجب التوقف، وحجتهم في ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ما أدري أتبع كان لعيناً أم لا وما أدري ذو القرنين كان نبياً أم لا وما أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا» وهو حديث صحيح على شرط الشيخين، وهو صريح في أن النبي ﷺ ما كان يعلم أن الحدود كفارات لأهلها أم لا. فغيره ﷺ أولى في هذا الباب بعدم العلم، فيجب عليه عدم الحكم بشيء معين وأن يتوقف.
ونحن إذا نظرنا إلى أن حديث عبادة بن الصامت لم ينفرد بسماعه من الرسول ﷺ بل تابعه عليه كثير من الصحابة رضوان الله عليهم كابن عمر، وعلي وابن مسعود، والحسن بن علي، وعائشة، وأن هؤلاء جميعاً قد أخبروا بما يفيد أن الرسول ﷺ قال: «من أقيم عليه حد في الدنيا فهو كفارة له» وذلك يقضي بأن الرسول ﷺ قد علم عن ربه عز وجل أن الحدود كفارات لذنوبها وعلمه بذلك لا يتنافى مع قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «ما أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا» لإمكان الجمع بينهما بحمل حديث أبي هريرة على أنه متقدم على حديث عبادة.
وأما قول القاضي عياض ومن تبعه أن حديث عبادة متقدم على حديث أبي هريرة لأن إسلام أبي هريرة رضي الله عنه كان بعد الهجرة بسبع سنين، والمبايعة المذكورة كانت ليلة العقبة بمنى قبل الهجرة «فغير مسلم» لأن حديث أبي هريرة لم يصرح فيه بالسماع من الرسول ﷺ مباشرة فيحتمل أن يكون أبو هريرة قد سمعه عمن سمعه من النبي ﷺ في مبدأ التشريع قبل أن يحصل له العلم بذلك ويخبر به.
وكون هذه المبايعة كانت ليلة العقبة بمنى غير صحيح لما ذكر في البخاري في كتاب الحدود أن تلك المبايعة الواردة في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه كانت بعد فتح مكة، وبعد أن نزلت آية الممتحنة التي وردت في مبايعة النساء بعد الحديبية، لأن النبي ﷺ قد قرأ الآية بتمامها في تلك المبايعة وعنده في تفسير الممتحنة من هذا الوجه قال: «قرأ علينا آية النساء» وعند مسلم من طريق معمر عن الزهري قال: «فتلى علينا آية النساء قال: ﴿ألا يشركن....﴾ الآية وعند الطبراني من هذا الحديث قال: «بايعنا رسول الله ﷺ على ما بايع عليه النساء يوم الفتح» فهذه الرواية أوضح دليل على أن هذه المبايعة كانت بعد فتح مكة وذلك بعد إسلام أبي هريرة بمدة، فكل هذا يدل على أن الجمع المتقدم صحيح، وأن الحدود كفارات وبذلك يضعف استناد الواقفين إلى حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
وإذا نظرنا إلى أن أكثر الآيات القرآنية المفيدة للوعيد بالعذاب الأخروي على تلك الجرائم التي شرعت فيها الحدود قد أعقب هذا الوعيد بالتوبة، وأن الآيات التي لا ذكر للتوبة فيها ينبغي أن تقيد بها دفعاً للتعارض بين الأدلة، وحملا للمطلق على المقيد وأن حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه وإن لم تذكر فيه التوبة صراحة إلا أن ذلك لا يقتضي عدم اعتبارها في محو الذنب، لأن المؤمن شأنه التوبة عند =

أما الأول: فالكفاراتُ المعهودة في الشرع خمسة أنواع: كفارةُ اليمين، وكفارةُ الحلق، وكفارةُ القتل، وكفارةُ الظهار، وكفارة الإفطار.

والكلُّ واجبة إلاَّ أن أربعة منها عرف وجوبها بالكتاب العزيز، وواحدةٌ منها عرف وجوبها بالسنة.

أمَّا الأربعة التي عرف وجوبها بالكتاب العزيز: فكفارةُ اليمين، وكفارةُ الحلق، وكفارةُ القتلِ، وكفارةُ الظهار؛ قال الله (تعالى عزَّ شأنه) في كفارة اليمين: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدْتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة:٨٩] والكفارة في عرف الشرع اسم للواجب.

وقال (جلَّ شأنه) في كفارة الحلق: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذَىً مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦] أي: فعليه فدية من صيام أو صدقة أو نسك.

وقال (تعالى) في كفارة القتل: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] إلى قوله (تعالى): ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ﴾ [النساء: ٩٢] أي: فعليه تحرير رقبة مؤمنة، وعليه ذلك، وعليه صوم شهرين متتابعين؛ لأن صيغته وإن كانت صيغة الخبر، لكن لو حمل على الخبر لأدَّىٰ إلى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف، فيحمل على الإيجاب، والأمر بصيغة الخبر كثير النظير في القرآن؛ قال الله (تعالى): ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أي: ليرضعن، وقال (عزَّ شأنه): ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] أي: ليتربصن، ونحو ذلك.

وقال الله (تعالى) في كفارة الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة:٣] إلى قوله (تعالى): ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة: ٤] أي فعليهم ذلك لما قلنا.

وَأَمَّا كفارة الإفطار، فلا ذكر لها في الكتاب العزيز، وإنما عرف وجوبها بالسنة، وهو ما

= حصول المعصية والندم عليها بعد حصولها، ولذلك تركها الرسول ﷺ لأن المعتبر شأناً كالمذكور لفظاً.

إذا نظرنا إلى كل ما تقدم رأينا أن الجمع بين الأدلة ممكن على هذا الوجه المتقدم، وبذلك يزول التعارض بينها ويترجح القول بأن الحدود كفارات لذنوبها إذا انضم إليها توبة. ينظر: الكفارات لشيخنا حسن الكاشف، والمحلى لابن حزم (١١/ ١٢٤)، والزيلعي (٣/ ١٦٣).

رُوِيَ أنَّ أعرابياً جاء إلى رسول الله ﷺ وقال: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلَكْتُ وأهلكتُ، فقال له رسولُ لله ﷺ: «مَاذَا صَنَعْتَ؟» فقال: وَاقَعْتُ امرأتي في شهرِ رمضان متعمِّداً، فقال النبيُّ ﷺ: «أَعْتِقْ رَقَبَةً»، قال: ليس عندي ما أعتقُ، فقال له ﷺ: «صُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»، قال: لا أستطيع، فقال له (عليه الصلاة والسلام): «أَطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً» فقال: لاَ أَجِدُ مَا أُطْعِمُ، فأمر رسول الله ﷺ بعرقٍ فيه خمسة عشر صاعاً من تمرٍ، فقال: «خُذْهَا وَفَرِّقْهَا عَلَىٰ المَسَاكِينَ»، فقال: أَعَلَىٰ أهلِ بيتٍ أحوج منِّي، والله ما بين لاَبَتِي المدينة أحدٌ أحوج منِّي ومِنْ عيالي، فقال له النبيُّ (عليه الصلاة والسلام): «كُلْهَا وَأَطْعِمْ عِيَالَكَ تُجْزِيك وَلاَ تُجْزِي أَحَداً بَعْدَكَ»[1].

وفي بعض الروايات أن الأعرابي لما قال ذلك تَبَسَّمَ رسولُ الله ﷺ حتى بدت نواجذُهُ، ثم قال (عليه الصلاة والسلام): «كُلْهَا وَأَطْعِمْ عِيَالَكَ تُجْزِيكَ وَلاَ تُجْزِي أَحَداً بَعْدَكَ» فقد أمر (عليه الصلاة والسلام) بالإِعتاق، ثم بالصوم، ثم بالإِطعام، ومطلق الأمر محمول على الوجوب، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

فصل في كيفية الوجوب

وأما بيان كيفية وجوب هذه الأنواع فلوجوبها كيفيتان: إحداهما: أن بعضَها واجب على التعيين مطلقاً، وبعضها على التخيير مطلقاً، وبعضها على التخيير في حالٍ والتعيين في حالٍ.

أما الأول: فكفارة القتل والظهار والإِفطار، لأن الواجب في كفارة القتل التحرير على التعيين؛ لقوله (عزَّ شأنه): ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] إلى قوله (جلَّ شأنه): ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] والواجب في كفارة الظهار والإِفطار ما هو الواجب في كفارة القتل وزيادة الإِطعام إذا لم يستطع الصيام؛ لقوله (عزَّ شأنه): ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة: ٤] وكذا الواجب في كفارة الإِفطار؛ لما روينا من الحديث.

وأما الثاني: فكفارة الحلق؛ لقوله (عزَّ شأنه): ﴿فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦].

وأما الثالث: فهو كفارة اليمين؛ لأن الواجب فيها أحد الأشياء الثلاثة، باختياره فعلاً غير عين، وخيار التعيين إلى الحالف يعين أحد الأشياء الثلاثة باختياره فعلاً، وهذا مذهب أهل

---

(١) تقدم تخريجه في الصيام.

السنة والجماعة في الأمر بأحد الأشياء أنه يكون أمراً بواحدٍ منها غير عين وللمأمور خيار التعيين.

وقالت المعتزلة: يكون أمراً بالكلِّ على سبيلِ البدلِ، وهذا الاختلاف بناءً على أصل مخلف بيننا وبينهم معروف يذكر في أصول الفقه، والصحيحُ قولنا؛ لأن كلمة: (أو) إذا دَخَلَتْ بين أفراد يراد بها واحد منها لا الكل في الإِخبار والإِيجاب جميعاً، يقال: جاءني زيد أو عمرو، ويراد به مجيء أحدهما، ويقول الرجل لآخر: بع هذا أو هذا، ويكون توكيلاً ببيع أحدهما، فالقولُ بوجوب الكل يكون عدولاً عن مقتضى اللغة، ولدلائل أخر عرفت في أصول الفقه.

فإن لم يجد شيئاً من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام على التعيين؛ لقوله (عزَّ شأنه): ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

والثانية: أن الكفارات كلها واجبة على التراخي، هو الصحيح من مذهب أصحابنا في الأمر المطلق عن الوقت حتى لا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الإمكان، ويكون مؤدياً لا قاضياً، ومعنى الوجوب على التراخي، هو: أن يجب في جزء من عمره غير عين، وإنما يتعين بتعيينه فعلاً أو في آخر عمره؛ بأن أخره إلى وقت يغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه لفات؛ فإذا أَدَّى فقد أدى الواجب، وإن لم يؤد حتى مات أَثِمَ لتضييق الوجوب عليه في آخر العمر، وَهَلْ يؤخذ من تركته؟ ينظر إن كان لم يوص لا يؤخذ ويسقط في حق أحكام الدنيا عندنا كالزكاة والنذر.

ولو تبرع عنه ورثته، جاز عنه في الإطعام والكسوة، وأطعموا في كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم، وفي كفارة الظهار والإفطار أطعموا ستين مسكيناً، ولا يجبرون عليه، ولا يجوز أن يعتقوا عنه، لأن التبرع بالإعتاق عن الغير لا يصح، ولا أن يصوموا عنه؛ لأنه عبادةٌ بدنيةٌ محضةٌ، فلا تجري فيه النيابة.

وقد روي عن النبي (عليه السلام) أنه قال: «لاَ يَصُومُ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ وَلاَ يُصَلِّي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ»[1] وإن كان أوصى بذلك يؤخذ من ثلث ماله فيطعم الوصي في كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة؛ لأنه لمَّا أَوْصَى، فقد بقي ملكه في ثلث ماله، وفي كفارة القتل والظهار والإفطار تحرير رقبة إن بلغ ثلث ماله قيمة الرقبة، وإن لم يبلغ أطعم ستين مسكيناً في كفارة الظهارة والإفطار، ولا يجب الصوم فيها وإن أوصى؛ لأن الصوم نفسه لا يحتمل النيابة، ولا يجوز الفداء عنه بالطعام؛ لأنه في نفسه بدلٌ، والبدلُ لا يكون له بدل.

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٢/ ٤٦٣) وقال: غريب مرفوعاً وروي مرفوعاً على ابن عباس وابن عمر. اهـ.

وقال الحافظ ابن حجر في «الدراية» (١/ ٢٨٣): لم أجده مرفوعاً وأخرجه عبد الرزاق عن عبد الله بن عمر موقوفاً بهذا وزاد: ولكن إن كنت فاعلاً تصدقت عنه.

ولو أوصى أَنْ يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمينه، ثم مات فغدى الوصي عشرة؛ ثم ماتوا يستأنف فيغدي ويعشي غيرهم؛ لأنه لا سبيل إلى تفريق الغداء والعشاء على شخصين لما نذكر، ولا يضمن الوصي شيئاً؛ لأنه غير متعدٍ، إذ لا صنع له في الموت.

ولو قال: أطعموا عَنِّي عشرة مساكين غداءً وعشاءً، ولم يسم كفارة، فغدوا عشرة ثم ماتوا يعشوا عشرة غيرهم؛ لأنه لم يأمر بذلك على وجه الكفارة؛ ألا ترى أنه لم يسم كفارةً فكان سببه النذر فجاز التفريق، والله (تعالى عزَّ شأنه) أعلم.

فصل في شروط الوجوب

وأما شرائط وجوب كل نوع فكلُّ ما هو شرط انعقاد سبب وجوب هذه الكفارة من اليمين والظهار والإِفطار والقتل فهو شرطُ وجوبها، لأن الشروط كلها شروط العلل عندنا، وقد ذكرنا ذلك في «كتاب الأيمان» و«الظهار»، و«الصوم»، و«الجنايات»، ومن شرائط وجوبها القدرة على أداء الواجب[1]، وهذا شرط معقول لاستحالة وجوب فعل بدون القدرة عليه، غير

(١) اتفقت كلمة الفقهاء على اعتبار القدرة على أداء ما وجب في الكفارة شرطاً لوجوبها على المكفر؛ لأن شرط التكليف القدرة، فلا يتوجه الوجوب على العاجز عنها؛ لقوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ واختلفوا في وقت اعتبار هذه القدرة. هل هو وقت الأداء، أو وقت الوجوب، أو ليس أحدهما بخصوصه، وإنما المعتبر أغلظ الأمرين منهما، فقالت الشافعية، والمالكية، في قول لهما والحنابلة في الراجح من مذهبهم، والظاهرية: إن العبرة بالقدرة وقت الوجوب.

وقالت الحنفية، والشافعية ـ في المشهور عندهم ـ والمالكية في المشهور عندهم أيضاً: إن العبرة بالقدرة وقت الأداء.

وعن الشافعي في قول، وأحمد في رواية: أن العبرة بأغلظ الأمرين.

وجهة الرأي الأول أن الكفارة إنما شُرعت لطهارة النفس مما علق بها من الذنوب، فكانت شبيهة بالحد من هذه الناحية، والعبرة في الحدود بوقت الوجوب لا وقت الأداء؛ فتكون الكفارة كذلك.

ووجهة الرأي الثاني أن المغلَّب في الكفارات هي جهة العبادة؛ ولذلك افتقرت إلى النية، والعبرة في العبادات بوقت أدائها لا بوقت وجوبها، فيكون الوقت المعتبر في القدرة في الكفارة هو وقت الأداء.

ووجهة الرأي الثالث: أن الكفارة حق يجب بوجود المال، فيعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن الراجح هو قول من يقول: إن العبرة في القدرة وقت الأداء؛ لأن الكفارة المغلَّب فيها معنى العبادة، والحدود المغلَّب فيها جهة العقوبة فافترقا؛ كما أن هناك فرقاً بين الحج وبين الكفارة؛ لأن الحج يجب على الفور عند اليسار والاستطاعة، بحيث إذا أخره الموسر المستطيع كان آثماً، وعسره بعد ذلك لا يسقط الحج عنه، ولا كذلك الكفارة، فإنها غير واجبة على الفور، والخصال فيها متنوعة، فإذا أيسر ببعضها وقت الوجوب، وعجز عنه وقت الأداء لا يطالب بما عجز عنه، وإنما يجزيه عنه غيره من الخصال الباقية.

ويؤيد ذلك حديث أوس بن الصامت الذي ظاهر من امرأته، فإن النبي ﷺ سأله عن الخصال كلِّها الواحدة =

أن الواجب إذا كان معيناً تشترط القدرة على أدائه عيناً؛ كما في كفارة القتل والظهار والإِفطار، فلا يجب التحرير فيها إِلاَّ إذا كان واجداً للرقبة، وهو أن يكون له فضلُ مالٍ على كفايته يؤخذ

= تلو الأخرى، وثبت له عجزه عنها، فأعطاه عرقاً من التمر، وأمره أن يتصدَّق به، فلو كان العبرة بالقدرة وقت الوجوب لما طالبه ﷺ بالكفارة؛ لأنه كان وقت الوجوب عاجزاً عنها، فلما سأله ﷺ عن الخصال بعد عجزه عنها علم أن العبرة بوقت الأداء دون غيره، ولو كان أحدهما واجباً لبيَّنه الرسول ﷺ، وإلا كان فيه تأخير البيان عن وقت الحاجة، وهو غير جائز، خصوصاً من الرسول ﷺ.

وتظهر ثمرة هذا الخلاف فيمن عجز عن العتق وقت الوجوب، وأيسر به في وقت الأداء بعد الشروع في الخصلة الثانية؛ كما في كفارة الظهار، أو القتل، أو إفساد الصوم.

فالشافعية، والحنابلة، وبعض الفقهاء؛ كالأوزاعي، والليث بن سعد يقولون: إن يَسَارَهُ بالعتق بعد الشروع في الصوم لا عبرة به، فإن استمر في الصوم أجزأه، وإن قطعه، وكفَّر بالعتق سقطت عنه الكفارة، فهو حينئذٍ بالخيار بين أن يتم الصوم، أو يقطعه ويرجع للعتق.

والحنفية، وجماعة من الفقهاء، كابن سيرين، والثوري يقولون: يجب الرجوع من الصوم إلى العتق فإن استمر في صومه لم يجزئه عن الكفارة.

وقالت المالكية: إن أيسر بالعتق في اليوم الأول. من الصوم. وجب الرجوع إليه، ولا يجزيه الصوم عن الكفارة، وإن أيسر في غير اليوم الأول، وقبل الرابع، كان بالخيار بين أن يستمر في الصوم، أو يرجع عنه إلى العتق، أما إن أيسر في اليوم الرابع - وما بعده - فالواجبُ عليه الاستمرار في الصوم، وتسقط به الكفارة، ولا يلزمه قطعه.

وجهة أصحاب الرأي الأول؛ أنه لم يقدر على العتق إلا بعد تلبسه بالصيام، فلا يبطل بهذه القدرة؛ كما لو استمر العجز إلى تمامه.

ووجهة أصحاب الرأي الثاني أنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل، فلزمه العود إليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة، أو في أثنائها على الخلاف في ذلك.

ووجهة أصحاب الرأي الثالث: أنه وجد الرقبة قبل تحقق الصوم، لأن صوم هذا اليوم لا يتحقق إلا بغروب شمسه، فما لم تغرب كان بعرضية البطلان.

وأما وجوب إتمام صوم هذا اليوم؛ فللنهي عن قطع العبادة. قال تعالى: ﴿وَلاَ تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾. وأما وجهتهم في اليوم الثاني، والثالث، إلى ما قبل الرابع فكما تقدم في وجهة أصحاب الرأي الأول. وأما في الرابع، وما بعده فلعل وجهتهم في ذلك أن الشارع قد اعتبر الثلاثة أيام حَداً فاصلاً في الخيار في البيع، يثبت فيها الرجوع، فاعتبرت هنا كذلك حداً فاصلاً بين التخيير والوجوب؛ لأنه إذا ثبت إعساره في مدة الثلاثة أيام، فقد تحقق عجزه ووجب إتمام صومه.

وبالنظر في وجهة كل، نجد أن مذهب المالكية هو الراجح بالنسبة لليوم الأول؛ لما تقدم من التعليل. كما أن الراجح مذهب الجمهور فيما بعد ذلك؛ لأن الصوم أصل كالعتق، إلا أن رتبته متأخرة عنه، ولا يجب إلا بالعجز عن العتق، وقد ثبت العجز عنه، حتى شرع في الصوم، فيساره به بعد ذلك كلا يسار. ألا ترى أن المتمتع إذا عجز عن الهدي، حتى شرع في صوم السبعة أيام - فلا يلزمه الرجوع إليه، إذا أيسر به في أثنائها، وقياسه على التيمم قياس مع الفارق، لأن التيمم بدل عن الوضوء، ولا كذلك الصوم. ينظر: الكفارات لشيخنا حسن الكاشف. =

به رقبة صالحة للتكفير، فإن لم يَكُنْ لا يجب عليه التحرير؛ لقوله (جَلَّ وعلا): ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] شرط (سبحانه وتعالى) عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم، فلو لم يَكُنْ الوجود شرطاً لوجوب التحرير، وكان يجب عليه وجد أو لم يجد، لم يكن لشرط عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم معنى؛ فَدَلَّ أَنَّ عدم الوجود شرط الوجوب، فإذا كان في ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها، سواء كان عليه دَيْنٌ أو لم يكن؛ لأنه واجد حقيقة، فَكَذَا إذا لم يكن في ملكه عين رقبة، وله فضل مال على كفايته، يجب رقبة صالحة للتكفير؛ لأنه يكون واجداً من حيث المعنى.

فأما إذا لم يكن له فضلُ مالٍ على قدر كفاية ما يتوصل به إلى الرقبة ولا في ملكه عين الرقبة، لا يجب عليه التحرير؛ لأن قدر الكفاية مستحق الصرف إلى حاجته الضرورية، والمستحق كالمصروف، فكان ملحقاً بالعدم؛ كالماء المحتاج إليه للشرب في السفر حتى يباح له التيمم، ويدخل تحت قوله (عزَّ شأنه): ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾ [النساء: ٤٣] وإن كان موجوداً حقيقة، لكنه لما كان مستحق الصرف إلى الحاجة الضرورية ألحق بالعدم شرعاً؛ كذا هذا.

وإن كان الواجب واحداً منها كما في كفارة اليمين تشترط القدرة على أداء الواجب على الإبهام، وهو أن يكون في ملكه فضل على كفاية ما يجد به أحد الأَشياء الثلاثة؛ لأَنه يكون واجداً معنى أو يكون في ملكه واحد من المنصوص عليه عيناً من عبد صالح للتكفير. أو كسوة عشرة مساكين أو إطعام عشرة مساكين؛ لأَنه يكون واجداً حقيقة.

وكذا لا يجب الصيام ولا الإطعام فيما للطعام فيه مدخلٌ إلاَّ على القادر عليها؛ لأن إيجاب الفعل على العاجز ممتنع؛ ولقوله (عز اسمه) في كفارة الظهار: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة: ٤] شرط (سبحانه وتعالى) عدم استطاعة الصيام لوجوب الإطعام، فدل أن استطاعة الصوم شرط لوجوبه، ولا يجب على العبد في الأنواع كلها إلاَّ الصوم؛ لأنه لا يقدر إلاَّ عليه لأَنه ليس من أهل ملك المال، لأنه مملوك في نفسه، فلا يملك شيئاً.

ولو أعتق عنه مولاه، أو أطعم، أو كسا، لا يجوز لأنه لا يملك، وإن ملك؛ وكذا المكاتب؛ لأنه عبدٌ ما بقي عليه درهم، وكذا المستسعى في قول أبي حنيفة (رضي الله عنه) لأَنه بمنزلة المُكَاتَبِ.

ومنها: العجز عن التحرير عيناً في الأنواع الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها؛ لقوله (عزَّ شأنه) في كفارة القتل والظهار: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] أي: من لم يجد رقبة، شرط (سبحانه وتعالى) عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم، فلا يجب الصوم مع القدرة على التحرير.

وأما في كفارة اليمين فالعجز عن الأشياء الثلاثة شرطٌ لوجوب الصوم فيها، لقوله (تعالى): ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة:١٩٦] أي: فمن لم يجد واحداً منها فعليه صيام ثلاثة أيامٍ، فلا يجب الصوم مع القدرة على واحدٍ منها.

وَأَمَّا العجز عن الصيام فشرطٌ لوجوب الإطعام فيما للإطعام فيه مدخلٌ؛ لقوله (جلَّ وعلا): ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة:٤] أي: مَنْ لم يستطع الصيام فعليه إطعام ستين مسكيناً، فلا يجب الإطعام مع استطاعة الصيام.

ثم اختلف في أن المعتبرِ هو القدرة والعجز وقت الوجوب، أم وقت الأداء؟ قال أصحابنا (رحمهم الله): وقت الأداء، وقال الشافعي (رحمه الله): وقت الوجوب، حتى لو كان موسراً وقت الوجوب ثم أعسر، جاز له الصوم عندنا، وعنده: لا يجوز، ولو كان على القلب لا يجوز عندنا، وعنده: يجوز.

وجه قوله أن الكفارة وجبت عقوبة، فيعتبر فيها وقت الوجوب كالحد، فإن العبد إذا زنا ثم أعتق، يقام عليه حَدُّ العبيد.

والدليل على أنها وَجَبَتْ عقوبة أن سبب وجوبها الجناية من الظهار والقتل والإفطار والحنث، وتعليق الوجوب بالجناية تعليقُ الحكم بوصفٍ مناسبٍ مؤثرٍ فيحال عليه؛ وربما قالوا هذا ضمان يختلف باليسار والإعسار، فيعتبر فيه حال الوجوب كضمان الإعتاق.

ولنا أن الكفارة عبادة لها بدلٌ ومبدلٌ، فيعتبر فيها وقت الأداء لا وقت الوجوب؛ كالصلاة بأن فاتته صلاة في الصحة فقضاها في المرض قاعداً أو بالإِيمَاءِ، أنه يجوز.

والدليل على أنها عبادةٌ وأن لها بدلاً أن الصوم بدلٌ عن التكفير بالمال، والصوم عبادةٌ، وبدلُ العبادةِ عبادةٌ؛ وكذا يشترط فيها النية، وأنها لا تشترط إلاَّ في العبادات.

وإذا ثبت أنها عبادة لها بدلٌ ومبدلٌ، فهذا يوجب أن يكون المعتبر فيها وقت الأداء لا وقت الوجوب؛ لأنه إذا أيسر قبل الشروع في الصيام أو قبل تمامه فقد قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل، فيبطل البدل، وينتقل الأمر إلى المبدل؛ كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الشروع في الصلاة أو بعده قبل الفراغ منها عندنا؛ وكالصغيرة إذا اعتدت بشهرٍ ثم حاضت، أنه يبطل الاعتداد بالأشهرِ وينتقل الحكم إلى الحيض، وإذا اعسر قبل التكفير بالمال فقد عجز عن المبدل قبل حصول المقصود به، وقدر على تحصيله بالبدل؛ كواجد الماء إذا لم يتوضأ حتى مضى الوقت ثم عدم الماء ووجد تراباً نظيفاً، أنه يجوز له أن يتيمم ويصلي، بل يجب عليه ذلك؛ كذا ههنا بخلاف الحدود؛ لأن الحد ليس بعبادة مقصودة، بل هو عقوبة، ولهذا لا يفتقر إلى النية.

وكذا لا بدل له، لأن حد العبيد ليس بدلاً عن حد الأحرار، بل هو أصلٌ بنفسه؛ ألا ترى أنه يحد العبيد مع القدرة على حد الأحرار ولا يجوز المصير إلى البدل مع القدرة على المبدل؛ كالتراب مع الماء وغير ذلك؛ بخلاف الصلاة إِذا وجبت على الإِنسان وهو مقيم ثم سافر، أو مسافر ثم أقام أنه يعتبر في قضائها وقت الوجوب، لأَن صلاة المسافر ليست بدلاً عن صلاة المقيم ولا صلاة المقيم بدل عن صلاة المسافر، بل صلاة كلٍّ واحد منهما أصلٌ بنفسها.

أَلاَ ترى أنه يصلي أحداهما مع القدرة على الأَخرى، وبخلاف ضمان الإِعتاق، لأنه ليس بعبادة؛ وكذا السعاية ليست ببدل عن الضمان على أصل أبي حنيفة (رحمه الله) لأن الشريك مخيرٌ عندهم بين التضمين والاستسعاء، ولا يخير بين البدل والمبدل في الشريعة.

وأما قوله أن سبب وجوب الكفارة الجناية فممنوعٌ، بل سبب وجوبها ما هو سببُ وجوب التوبة، إِذ هي أحد نوعي التوبة، وإِنما الجناية شرط كما في التوبة، هذا قول المحققين من مشايخنا.

وعلى هذا يخرج ما إذا وجب عليه التحرير أو أحد الأشياء الثلاثة؛ بأن كان موسراً ثم أعسر ـ أنه يجزئه الصوم، ولو كان معسراً ثم أيسر لم يجزه الصوم عندنا، وعند الشافعي: لا يجزئه في الأول ويجزئه في الثاني؛ لأَن الاعتبار لوقت الأَداء عندنا لا لوقت الوجوب وهو في الأَول يعتبر وقت الأَداء، فوجد شرط جواز الصوم ووجوبه، وهو عدم الرقبة، فجاز، بل وجب، وفي الثاني لم يوجد الشرط فلم يجز، وعنده لما كان المعتبر وقت الوجوب فيراعى وجود الشرط للجواز وعدمه وقت الوجوب، ولم يوجد في الأَول ووجد في الثاني.

ولو شرع في الصوم ثم أيسر قبل تمامه، لم يجز صومه، ذكر هذا في الأَصل، بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس وإِبراهيم لما ذكرنا أنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل.

والأفضل أن يتم صوم ذلك اليوم، فلو أفطر لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة (رحمهم الله)، وعند زفر (رحمه الله) يقضي، وأصلُ هذه المسألة في «كتاب الصوم» وهو مَنْ شرع في صوم على ظن أنه عليه، ثم تبين أنه ليس عليه، فالأَفضل له أن يتم الصوم، ولو أفطر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

وعلى قياس قول الشافعي (رحمه الله) يمضي على صومه؛ لأن العبرة في باب الكفارات لوقت الوجوب عنده، ووقت الوجوب كان معسراً، ولو أيسر بعد الإِتمام جاز صومه؛ لأنه قدر المبدل بعد حصول المقصود بالبدل، فلا يبطل البدل؛ بخلاف الشيخ الفاني إذا فدى ثم قدر على الصوم، أنه تبطل الفدية ويلزمه الصوم؛ لأَن الشيخ الفاني هو الذي لا ترجى له القدرة

على الصوم، فإذا قدر تبين أنه لم يكن شيخاً فانياً، ولأن الفدية ليست ببدل مطلق؛ لأنها ليست بمثل للصوم صورة ومعنى، فكانت بدلاً ضروريًا، وقد ارتفعت الضرورة فبطلت القدرة، فأما الصوم فبدل مطلق، فلا يبطل بالقدرة على الأصل بعد حصول المقصود به، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

فصل [في شروط الجواز]

وأما شرط جواز كل نوع، فلجواز هذه الأَنواع شرائط: بعضُها يعم الأَنواع كلها، وبعضُها يخص البعض دون البعض.

أما الذي يعم الكل: فنيةُ الكفارة حتى لا تتأدى بدون النية، والكلام في النية في موضعين:

أحدهما: في بيان أن نية الكفارة شرط جوازها.

والثاني: في بيان شرط صحة النية.

أما الأول: فلأن مطلق الفعل يحتمل التكفير ويحتمل غيره، فلا بد من التعيين وذلك بالنية، ولهذا لا يتأدى صوم الكفارة بمطلق النية، لأن الوقت يحتمل صوم الكفارة وغيره فلا يتعين إلا بالنية؛ كصوم قضاء رمضان وصوم النذر المطلق، ولو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين فلا شك أنه لا يجوز عنهما جميعاً؛ لأَن الواجب عن كل كفارة منهما إعتاق رقبة كاملة ولم يوجد، وهل يجوز عن إحداهما، فالكفارتان الواجبتان لا يخلو: إما إِن وجبتا بسببين من جنسين مختلفين، وإِما إِن وجبتا بسببين من جنس واحد.

فإن وجبتا من جنسين مختلفين كالقتل والظهار فأعتق رقبة واحدة ينوي عنهما جميعاً، لا يجوز عن إِحداهما؛ بلا خلاف بين أصحابنا وعند الشافعي (رحمه الله): يجوز.

وإِن وجبتا بسببين من جنس واحدٍ كظهارين أو قتلين يجوز عن إحداهما عند أصحابنا الثلاثة (رحمهم الله) استحساناً، وهو قول الشافعي (رحمه الله)، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر (رحمه الله)، وهذا الاختلاف مبنيٌّ على أن نية التعيين والتوزيع هل تقع معتبرة أم تقع لغواً؟ فعند أصحابنا معتبرةٌ في الجنسين المختلفين، وعند الشافعي (رحمه الله) لغوٌ فيهما جميعاً.

وَأَمَّا في الجنس الواحد فهي لغوٌ عند أصحابنا الثلاثة (رضي الله عنهم)، وعند زفر معتبرة قياساً.

أما الكلام مع الشافعي فوجه قوله أن الكفارات على اختلاف أسبابها جنس واحد، ونية التعيين في الجنس الواحد لغو لما ذكرنا.

وَلَنَا أَنَّ التعيين في الأجناس المختلفة محتاج إليه، وذلك بالنية، فكان نية التعيين محتاجاً إليها عند اختلاف الجنس، فصادفت النية محلها فصحت، ومتى صحت أوجبت انقسام عين رقبة واحدة على كفارتين، فيقع عن كل واحد منهما عتق نصف رقبة، فلا يجوز لا عن هذه ولا عن تلك.

وأما قوله الكفارتان جنسٌ واحدٌ، فنعم، من حيث هما كفارة؛ لكنهما اختلفا سبباً وقدراً وصفة؛ أما السبب فلا شك فيه، وأما القدر فإن الطعام يدخل في إحداهما وهي كفارة الظهار، ولا يدخل في الأخرى وهي كفارة القتل.

وأما الصفة فإن الرقبة في كفارة الظهار مطلقةٌ عن صفة الإيمان، وفي كفارة القتل مقيدة بها، وَإِذَا اختلفا من هذه الوجود كان التعيين بالنية محتاجاً إليه، فصادفت النية محلها فصحت فانقسم عتق رقبة بينهما، فلم يجز عن إحداهما حتى لو كانت الرقبة كافرة، وتعذر صرفها إلى الكفارة للقتل انصرفت بالكلية إلى الظهار وجازت عنه؛ كذا قال بعض مشايخنا بما وراء النهر.

ونظيره ما إذا جمع بين امرأة وابنتها أو أمها أو أختها وتزوجهما في عقدة واحدة، فإن كانتا فارغتين لا يجوز، وإن كانت إحداهما منكوحة والأخرى فارغة، يجوز نكاح الفارغة.

وأما الكلام بين أصحابنا فوجه القياس في ذلك أنه أوقع عتق رقبة واحدة عن كفارتين على التوزيع والانقسام، فَيَقَعُ عن كُلِّ واحدةٍ منهما عتق نصف رقبة، فلا يجوز عن واحدة منهما؛ لأن المستحقَّ عليه عن كل واحدة منهما اعتاقُ رقبة كاملة ولم يوجد وبهذا، لم يجز عن إحداهما عند اختلاف الجنس.

ولنا: أن نية التعيين لم تصادف محلها؛ لأن محلها الأجناس المختلفة؛ إذ لا تقع الحاجة إلى التعيين إلا عند اختلاف الجنس، فإذا اتحد الجنس لم تقع الحاجة إليها، فلغت نية التعيين وبقي أصل النية، وهي نية الكفارة، فتقع عن واحدة منهما كما في قضاء صوم رمضان إذا كان عليه صوم يومين فصام يومين يوماً ينوي قضاء صوم يومين، تلغو نية التعيين وبقيت نية ما عليه؛ كذا هذا؛ بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن باختلاف الجنس تقع الحاجة إلى التعيين، فلا تلغو نية التعيين، بل تعبر ومتى اعتبرت يَقَعُ عن كلِّ جنس نصف رقبة، فلا يجوز عنه؛ كما إذا كان عليه صوم يوم من قضاء رمضان وصوم يوم من كفارة اليمين، فنوى من الليل أن يصوم غداً عنهما، كانت نية التوزيع معتبرة حتى لا يصير صائماً عن أحدهما؛ لأن الانقسام يمنع من ذلك، والله (تعالى) أعلم.

وَلَوْ أطعم ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً عن حنطة عن ظهارين، لم يجز إلا عن أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله)، وقال محمد: يجزئه عنهما، وقال زفر: لا يجزئه عنهما.

وكذلك لو أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعاً عن يمينين، فهو على هذا الاختلاف، ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين، جاز فيهما بالإجماع.

وأما وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) فلمَّا ذكرنا أن من أصل أصحابنا الثلاثة أن الكفارتين إذا كانتا من جنس واحدٍ لا يحتاج فيهما إلى نية التعيين، بل تلغو نية التعيين ههنا ويبقى أصل النية وهو نية الكفارة، يدفع ستين صاعاً إلى ستين مسكيناً من غير تعيين أن نصفه عن هذا ونصفه عن ذاك، ولو لم يعين لم يجز إلاَّ عن أحدهما؛ كذا هذا، إلا أَنَّ محمداً يقولُ أن نية التعيين إنما تبطل لأنه لا فائدة فيها، وههنا في التعيين فائدة، وهي جواز ذلك عن الكفارتين، فوجب اعتبارها، وَيَقُولُ إطعام ستين مسكيناً يكون عن كفارة واحدة، والكفارة الواحدة منهما مجهول، ولهذا قال إذا أعتق رقبة واحدة عنهما لا يجوز عن واحدة منهما؛ بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين؛ لأنه قد صح من أصل أصحابنا جميعاً أن نية التعيين عند اختلاف الجنس معتبرة، وإذا صح التعيين والمؤدي يصلح عنهما جميعاً وقع المؤدي عنهما، فجاز عنهما جميعاً، والله تعالى أعلم.

وأما شرط جواز النية فَهُوَ أَن تكون النية مقارنة لفعل التكفير، فإن لم تقارن الفعل رأساً أو لم تقارن فعل التكفير بأن تأخرت عنه، لم يجز؛ لأن اشتراط النية لتعيين المحتمل وإيقاعه على بعض الوجوه، ولن يتحقق ذلك إلاَّ إذا كانت مقارنة للفعل؛ ولأن النية هي الإرادة مقارنة للفعل كالقدرة الحقيقية؛ لأن بها يصير الفعل اختيارياً.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى أباه أو ابنه ينوي به العتق عن كفارة يمينه أو ظهاره أو إفطاره أو قتله، جزأه عندنا استحساناً، والقياس أن لا يجزيه، وهو قول زفر والشافعي (رحمهما الله).

بناءً على أن شراء القريب إعتاق عندنا، فإذا اشتراه ناوياً عن الكفارة فقد قارنت النية الإعتاق فجاز.

وعندهما العتق يثبت بالقرابة والشراء شرط، فلم تكن النية مقارنة لفعل الإعتاق فلا يجوز.

وجه القياس أن الشراء ليس بإعتاق حقيقةً ولا مجازاً، أما الحقيقة فلا شك في انتفائها؛ لأن واضع اللغة ما وضع الشراء للإعتاق.

وأما المجاز فلأن المجاز يستدعي المشابهة في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة ولا مشابهة ههنا، لأن الشراءَ تملكٌ والإعتاقَ إزالةُ الملك، وبينهما مضادة.

ولنا ما روى أبو داود في سننه بإسناد عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن رسول الله ﷺ

أنه قال: «لَنْ يَجْزِي وَلَدٌ وَالِداً إلاَّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيهُ فَيَعْتِقَهُ»[١] سماه معتقاً عَقِيب الشراء، ولا فعل منه بعد الشراء، فعلم أن الشراء وقع إعتاقاً منه، عقلنا وجه ذلك أو لم نعقل، فإذا نوى عند الشراء الكفارة فقد اقترنت النية بفعل الإعتاق فجاز، وقولهما الشراء ليس بإِعتاق حقيقة ممنوعٌ، بل هو إِعتاقٌ لكن حقيقة شرعية لا وضعية، والحقائق أنواع: وضعيةٌ، وشرعية، وعرفية؛ على ما عرف في أصول الفقه.

وكذلك إذا وهب له أو أوصى له به فقبله، لأنه يعتق بالقبول فقارنت النية فعل الإعتاق، وَإِن ورثه ناوياً عن الكفارة لم يجز، لأن العتق ثبت من غير صنعه رأساً، فلم يوجد قران النية الفعل فلا يجوز.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لعبدِ الغير: إِنِ اشتريتك فأنت حر، فاشتراه ناوياً عن الكفارة لم يجز، لأن العتق عند الشراء يثبت بالكلام السابق، ولم تقارنه النية حتى لو قال إِن اشتريت فلاناً فهو حر، عن كفارة يميني أو ظهاري أو غير ذلك؛ يجزيه لقرانِ النيةِ كلام الإِعتاق.

ولو قال: إن اشتريتُ فلاناً فهو حر عن ظهاري، ثم قال بعد ذلك ما اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي، ثم اشتراه فهو حُرٌّ عن الظهار؛ لأنه لما قال إِن اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي، فقد أراد فسخ الأول، واليمين لا تحتمل الفسخ.

وكذلك لو قال: إِن اشتريته فهو حر تطوعاً، ثم قال: إِن اشتريته فهو حُرٌّ عن ظهاري، ثم اشتراه كان تطوعاً؛ لأنه بالأول علق عتقه تطوعاً بالشراء، ثم أراد بالثاني فسخ الأول، واليمين لا يلحقها الفسخ، والله (عزَّ شأنه) أعلم.

وأما الذي يخص البعض دون البعض، فأما كفارة اليمين فيبدأ بالإِطعام ثم بالكسوة ثم بالتحرير؛ لأن الله (تعالى عزَّ شأنه) بدأ بالإِطعام في كتابه الكريم، وقد قال النبيُّ (عليه الصلاة والسلام): «ابْدَؤوا بِمَا بَدَأَ اللَّهُ بِهِ»[٢] فنقول لجواز الإِطعام شرائط: بعضُها يرجع إلى صفةِ الإِطعام، وبعضُها يرجع إلى مقدار ما يُطْعَمُ، وبعضُها يرجع إلى محلِّ المصروف إليه الطعام.

أما الذي يرجعُ إلى صفة الإِطعام: فقد قال أصحابنا أنه يجوز فيه التمليك وهو طعامُ الإِباحة، وهو مروي عن سيدنا علي (كرم الله وجهه) وجماعة من التابعين، مثل: محمد بن كعب، والقاسم، وسالم، والشعبي، وإبراهيم، وقتادة، ومالك، والثوري، والأوزاعي (رضي الله عنهم).

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب العتق.

(٢) تقدم تخريجه في كتاب الحج.

وقال الحكم وسعيد بن جبير: لا يجوز إلاَّ التمليك، وبه أخذ الشافعي (رحمه الله)، فالحاصلُ أن التمليك ليس بشرط الجواز الإِطعام عندنا، بل الشرط هو التمكين، وإِنما يجوز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك.

وعند الشافعي (رحمه الله) التمليك شرط الجواز لا يجوز بدونه.

وجه قوله: أنَّ التكفير مفروض فلا بد وأَن يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الإِتيان به؛ لئلاً يكون تكليف ما لا يحتمله الوسع، وطعامُ الإِباحة ليس له قدرٌ معلوم؛ وكذا يختلف باختلاف حال المسكين من الصغر والكبر والجوع والشبع؛ بحقه أن المفروض هو المقدر؛ إذ الفرض هو التقدير، يقال فرض القاضي النفقه، أي: قدر، قال الله (سبحانه وتعالى): ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ لَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٧] أي: قدرتم، فطعام الإباحة ليس بمقدر؛ ولأن المباح له يأكل على ملك المبيح فيهلك المأكول على ملكه ولا كفارة بما يهلك في ملك الكفر، وبهذا شرط التمليك في الزكاة والعشر وصدقة الفطر.

ولنا أَنَّ النصَّ وَرَدَ بلفظ الإِطعام، قال الله (عزَّ شأنه): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] والإِطعام في متعارف اللغة اسم للتمكين من المطعم لا التمليك، قال الله (عزَّ شأنه): ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً﴾ [الإنسان:٨] والمراد بالإِطعام الإِباحةُ لا التمليك.

وقال النبيُّ (عليه الصلاة والسلام): «أَفْشُوا السَّلاَمَ وَأَطْعِمُوا الطَّعَامَ»[1] والمراد منه

---

(١) ورد ذلك من حديث عبد الله بن سلام، وعبد الله بن عمرو بن العاص. وعلي بن أبي طالب، وابن عباس.
فأما حديث ابن سلام فرواه الترمذي (٤/ ٥٦٢ ـ ٥٦٣) في صفة القيامة، باب (٤٢)، (٢٤٨٥)، وابن ماجه (١/ ٤٢٣) في إقامة الصلاة، باب ما جاء في قيام الليل (١٣٣٤) و(٢/ ١٠٨٢) في الأطعمة، باب إطعام الطعام (٣٢٥١)، وأحمد (٥/ ٤٥١)، والدارمي (١/ ٣٤٠)، والحاكم (٣/ ١٣) و(٤/ ١٦٠) وابن سعد في الطبقات (٤/ ٢٣٥)، والبغوي في شرح السنة (٢/ ٤٦٤) (٩٢١)، وابن السني (٢١١) من طريق زرارة بن أوفى عنه قال: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة اقبل الناس إليه وقيل قدم رسول الله ﷺ، وقدم رسول الله ﷺ. قدم رسول الله ﷺ فجئت في الناس لأنظر إليه، فلما استثبت وجه رسول الله ﷺ عرفت أن وجهه ليس بوجه كذاب، وكان أول شيء تكلم به أن قال: «أيها الناس، افشوا السلام وأطعموا الطعام، وصلوا والناس نيام، تدخلون الجنة بسلام»
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.
وأما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فرواه البخاري في الأدب المفرد (٩٨١) والترمذي (٣/ ٢٥٣) في الأطعمة، باب ما جاء في فضل إطعام الطعام (١٨٥٥) وابن ماجه (٢/ ١٢١٨) في الأدب، باب إفشاء السلام (٣٦٩٤)، وأحمد (٢/ ١٧٠) وابن أبي شيبة (٨/ ٦٢٤) برقم (٥٧٩٠) والدارمي (٢/ ١٠٩)، وأبو =

الإطعام على وجه الإباحة وهو الأمر المتعارف بين الناس، يقال: فلانٌ يطعم الطعام، أي: يدعو الناس إلى طعامه.

والدليل عليه قوله (سبحانه وتعالى): ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] وإنما يطعمون على سبيل الإباحة دون التمليك، بل لا يخطر ببال أحد في ذلك التمليك، فدلّ أن الإطعام هو التمكين من التطعم إلا أنه إذا ملك جاز؛ لأن تحت التمليك تمكيناً؛ لأنه إذا ملكه فقد مكنه من التطعم والأكل، فيجوز من حيث هو تمكين وكذا إشارة النص دليل على ما قلنا؛ لأنه قال: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ والمسكنة هي الحاجة، واختصاص المسكين للحاجة إلى أكل الطعام دون تملكه تعم المسكين وغيره، فكل في إضافة الإطعام إلى المساكين إشارة إلى أن الإطعام هو الفعل الذي يصير المسكين به متمكناً من التطعم لا التملك؛ بخلاف الزكاة وصدقة الفطر والعشر أنه لا يجوز فيه طعام الإباحة؛ لأن الشرع هناك لم يرد بلفظ الإطعام، وإنما ورد بلفظ الإيتاء والأداء، قال الله (تعالى) في الزكاة: ﴿وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة:٤٣] وقال (تعالى) في العشر: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام:١٤١].

وقال النبي ﷺ في صدقة الفطر: «أَدُّوا عَنْ كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ»(١) الحديث والإيتاء والأداء يشعران بالتمليك على أن المراد من الإطعام المذكور في النص إن كان هو التمليك كان النص معلولاً بدفع حاجة المسكين، وهذا يقتضي جواز التمكين على طريق الإباحة، بل أولى من وجهين:

أحدهما: أنه أقربُ إلى دفع الجوع وسدِّ المسكنة من التمليك، لأنه لا يحصل معنى الدفع والسد بتمليك الحنطة إلاَّ بعد طول المدة وإلاَّ بعد تحمل مؤن، فكان الإطعام على طريق الإباحة أقرب إلى حصول المقصود من التمليك، فكان أحق بالجواز.

= نعيم في الحلية (١٣٦٠)، وابن حبان (١٣٦٠ ـ موارد) من طريق عطاء بن السائب عن أبيه عنه مرفوعاً «اعبدوا الرحمن، وأفشوا السلام، وأطعموا الطعام، تدخلوا الجنان».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأما حديث عليّ فرواه الترمذي (٤/ ٣١١) في البر، باب ما جاء في قول المعروف (١٩٨٣) و(٤/ ٥٨١) في صفة الجنة، باب ما جاء في صفة غرف الجنة (٢٥٢٧)، وعبد الله بن أحمد في زوائد المسند (١/ ١٥٦)، وأبو نعيم (٤٢٨) من طريق عبد الرحمن بن إسحاق عن النعمان بن سعد عنه مرفوعاً: إن في الجنة لغرفاً يرى ظهورها من بطونها وبطونها من ظهورها. فقام إليه إعرابي فقال: لمن هي يا رسول الله؟ قال: هي لمن أطاب الكلام، وأطعم الطعام، وأدام الصيام، وصلى لله بالليل والناس نيام».

وقال الترمذي: هذا حديث غريب، وقد تكلم بعض أهل العلم في عبد الرحمن بن إسحاق، هذا من قبل حفظه، وهو كوفي، وعبد الرحمن بن إسحاق القرشي كوفي وهو أثبت من هذا.

وأما حديث ابن عباس فرواه الخطيب في التاريخ (٤/ ١٧٨) بمثل حديث علي.

(١) تقدم في زكاة الفطر.

والثاني: أن الكفارة جعلت مكفرة للسيئة بما أعطى نفسه من الشهوة التي لم يؤذن فيها، حيث لم يف بالعهد الذي عهد مع الله (تعالى عزَّ شأنه) فَخَرَجَ فعلُه مَخْرَجَ ناقضِ العهد ومخلف الوعد، فجعلت كفارته بما تنفر عنه الطباع وتتألم ويثقل عليها؛ ليذوق ألم إخراج ماله المحبوب عن ملكه، فيكفر ما أعطى نفسه من الشهوة؛ لأنه من وجه أذن له فيها، ومعنى تألم الطبع فيما قلنا أكثر لأن دعاء المساكين وجمعهم على الطعام خدمتهم والقيام بين أيديهم أشدُّ على الطبع من التصدق عليهم؛ لما جبل طبع الأغنياء على النفرة من الفقراء، ومن الاختلاط معهم والتواضع لهم، فكان هذا أقرب إلى تحقيق معنى التكفير، فكان تجويز التمليك تكفيراً تجويزاً لطعام الإباحة، تكفيراً من طريق الأولى.

وأما قوله إن الكفارة مفروضة فلا بد وأن تكون معلومة القدر، فنقول: هي مقدرة بالكفارة؛ لأن الله (عزَّ شأنه) فرض هذا الإطعام وعرف المفروض بإطعام الأهل بقوله (عزَّ شأنه): ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] فلا بد وأن يكون الأهل معلوماً، والمعلوم من طعام الأهل هو طعام الإباحة دون التمليك، فدل على أن طعام الإباحة معلومُ القدر، وقدره الكفارة بطعام الأهل، فجاز أن يكون مفروضاً كطعام الأهل، فيمكنه الخروج عن عهدة الفرض.

وأما قوله: إن الطعام يهلك على ملك المكفر، فلا يقع عن التكفير، فممنوع، بل كما صار مأكولاً فقد زال ملكه عنه إلاَّ أنه يزول لا إلى أحد، وهذا يكفي لصيرورته كفارة كالإعتاق.

وأما الذي يرجع إلى مقدار ما يطعم، فالمقدار في التمليك هو نصف صاع من حنطة، أو صاع من شعير، أو صاع من تمر؛ كذا روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي، وسيدتنا عائشة (رضي الله تعالى عنهم).

وذكر في الأصل بلغنا عن سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه قال: ليرفأ مولاه إني أحلف على قَوْم لا أعطيهم، ثم يبدو لي فأعطيهم، فإذ أنا فعلتُ ذلك فأطعم عشرة مساكين، كل مسكينٍ نصف صاع من حنطة، أو صاعاً من تمر.

وبلغنا عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه قال: في كفارة اليمين إطعام عشرة مساكين نصف صاع من حنطة، وبه قال جماعةٌ من التابعين: سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وإبراهيم، ومجاهد، والحسن، وهو قول أصحابنا (رضي الله عنهم).

وروي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) وابن سيدنا عمر، وزيد بن ثابت (رضي الله

عنهم) ومن التابعين عطاء وغيره: لكل مسكين مد من حنطة[١]، وبه أخذ مالك والشافعي (رحمهما الله)، والترجيح لقول سيدنا عمر، وسيدنا علي، وسيدتنا عائشة (رضوان الله عليهم) لقوله (تعالى عزَّ اسمه): ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] والمد ليس من الأوسط، بل أوسط طعام الأهل يزيد على المد في الغالب، ولأن هذه صدقة مقدرة بقوت مسكين ليوم، فلا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر والأذى، فإن أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدًّا من حنطة، فعليه أن عيد عليهم مدًّا مدًّا، فإن لم يقدر عليهم استقبل الطعام؛ لأن المقدار أن لكلِّ مسكين في التمليك مدًّا، فلا يجوز أقل من ذلك، ويجوز في التمليك الدقيق والسويق؛ ويعتبر فيه تمام الكيل، ولا يعتبر فيه القيمة كالحنطة؛ لأنه حنطة، إلاَّ أنه فرقت أجزاؤها بالطحن وهذا التفريق تقريب إلى المقصود منها، فلا تعتبر فيه القيمة ويعتبر في تمليك النصوص عليه تمام الكيل، ولا يقوم البعض مقام بعضٍ باعتبار القيمة، إذا كان أقل من كيله، حتى لو أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة ـ لا يجوز، لأنه منصوصٌ عليه، فيقع عن نفسه لا عن غيره، فأما الأرز والذرة والجاورس[٢]، فلا يقوم مقام الحنطة والشعير في الكيل؛ لأنه غيرُ منصوصٍ عليه، وإنما جوازه باعتبار القيمة، فتعتبر قيمته كالدراهم والدنانير، وهذا عند أصحابنا (رحمهم الله)، وعند الشافعي (رحمه الله) لا يجوز إلاَّ إذا عين المنصوص عليه، ولا يجوز دفع القيم والأبدال كما في الزكاة، وعندنا يجوز.

وجه قوله: أنَّ الله (تعالى) أمر بالإطعام بقوله (جل شأنه): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] فالقول بجواز أداء القيمة يكون تغييراً لحكم النص، وهذا لا يجوز.

ولنا: ما ذكرنا أن إطعام المسكين اسم لفعل يتمكن المسكين به من التطعم في متعارف اللغة لما ذكرنا فيما تقدم، وهذا تحصيل بتمليك القيمة، فكان تمليك القيمة من الفقير إطعاماً له، فيتناول النص وجواز التمليك من حيث هو تمكين، لا من حيث هو تمليك؛ على ما مر أن الإطعام إن كان اسماً للتمليك فجوازه معلولٌ بدفع الحاجة وهو المسألة، عرفنا ذلك بإشارة النصِّ وضربٍ من الاستنباط على ما بينا، والقيمة في دفع الحاجة مثل الطعام، فورود الشرع بجواز الطعام يكون وروداً بجواز القيمة، بل أولى؛ لأن تمليك الثمن أقرب إلى قضاء حاجة المسكين من تمليك عين الطعام، لأن به يتوصل إلى ما يختاره من الغذاء الذي اعتاد الاغتذاء به، فكان أقرب إلى قضاء حاجته، فكان أولى بالجواز؛ ولما ذكرنا أن التكفير بالإطعام يحمل مكروه الطبع بازاء ما نال من الشهوة، وذلك المعنى يحصل بدفع القيمة؛ ولأنَّ الكفارة جعلت

---

(١) أخرجه عبد الرزاق كما في «كنز العمال» (٤٦٥٥٥) عن ابن عمر وزيد بن ثابت.

(٢) الجاورس: حَبٌّ. ترتيب القاموس المحيط (جرس).

حقًّا للمسكين، فمتى أخرج من عليه الطعام إلى المستحق بدله وقبله المستحق عن طوع، فقد استبدل حقه به فيجب القول بجواز هذا الاستبدال بمنزلة التناول في سائر الحقوق.

وأما المقدار في طعام الإباحة فأكلتان مشبعتان، غداء وعشاء، وهذا قول عامة العلماء؛ وعن ابن سيرين، وجابر بن زيد، ومكحول، وطاوس، والشعبي؛ أنه يطعمهم أكلة وحدة، وقال الحسن: وجبة واحدة.

والصحيحُ قول العامة؛ لأَن الله (عزَّ وجلَّ) عرف هذا الإِطعام بإِطعام الأَهل بقوله (تعالى): ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] وذلك أكلتان مشبعتان غداء وعشاء، كذا هذا؛ ولأَن الله (جلَّ شأنه) ذكر الأوسط، والأوسطُ ماله حاشيتان متساويتان، وأقل عدد له حاشيتان متساويتان ثلاثة، وذلك يحتمل أنواعاً ثلاثة:

أحدها: الوسط في صفات المأكول من الجودة والرداءة.

والثاني: الوسط من حيث المقدار من السرف والقتر.

والثالث: الوسط من حيث أحوال الأَكل من مرة ومرتين وثلاث مرات في يوم واحدٍ، ولم يثبت بدليل عقلي ولا بسمعي تعيين بعض هذه الأَنواع، فيحمل على الوسط من الكل احتياطاً ليخرج عن عهدة الفرض بيقين، وهو أكلتان في يوم بين الجيد والرديء، والسرف والقتر، ولأَن أقلَّ الأَكل في يوم مرة واحدة، وهو المسمى بالوجبة، وهو في وقت الزوال إلى زوال يوم الثاني منه، والأكثر ثلاث مرات، غداء وعشاء، وفي نصف اليوم والوسط مرتان غداء وعشاء، وهو الأكل المعتاد في الدنيا وفي الآخرة أيضاً، قال الله (سبحانه وتعالى) في أهل الجنة: ﴿ولَهُمْ رِزْقُهُمْ فِيهَا بُكْرَةً وَعَشِيًّا﴾ [مريم:٦٢] فيحمل مطلق الإِطعام على المتعارف.

وكذلك إذا غدَّاهم وسحرهم، أو عشاهم وسحرهم، أو غداهم غداءين، أو عشاهم عشاءين، أو سحرهم سحورين؛ لأنهما أكلتان مقصودتان، فإذا غداهم في يومين أو عشاهم في يومين، كان كأكلتين في يوم واحدٍ معنى إلاَّ أن الشرط أن يكون ذلك في عددٍ واحدٍ حتى لو غدى عدداً وعشى عدداً آخرَ لم يجزه؛ لأنه لم يوجد في حق كل مسكين أكلتان، ولهذا لم يجز مثله في التمليك؛ بأن فرق حصة مسكين على مسكينين، فكذا في التمكين، وسواء كان الطعام مأدوماً أو غير مأدم، حتى لو غداهم وعشاهم خبزاً بلا إدام أجزأه؛ لقول الله (تبارك وتعالى): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] مطلقاً من غير فصلٍ بين المأدوم وغيره،

(١) تقدم تخريجه.

وقد أطعم؛ ولأن الله (عزَّ شأنه) عرَّف الإطعام على وجه الإِباحة بإطعام الأهل، وذلك قد يكون مأدوماً وقد يكون غير مأدوم؛ فكذا هذا.

وكذلك لو أطعم خبزاً لشعير، أو سويقاً أو تمراً، أجزأه؛ لأن ذلك قد يؤكل وحده في طعام الأهل، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: إذا أطعم مسكيناً واحداً غداءً وعشاءً، أجزأه من إطعام مساكين، وإن لم يأكل إلا رغيفاً واحداً؛ لأن المعتبر هو الكفاية، والكفاية قد تحصلُ برغيف واحدَ، فلا يعتبر القلة والكثرة، فإن ملكه الخبز بأن أعطاه أربعة أرغفة، فإن كان يعدل ذلك قيمة نصف صاع من حنطة أجزأه، وإن لم يعدل لم يجزه؛ لأن الخبز غير منصوصٍ عليه، فكان جوازه باعتبار القيمة.

وقال أبو يوسف (رحمه الله): لو غدى عشرة مساكين في يوم ثم أعطاهم مدًّا مدًّا أجزأه؛ لأنه جمع بين التمليك والتمكين، وكل واحدٍ منهما جائزٌ حَالَ الانفراد؛ كذا حال الاجتماع، ولأن الغداء مقدرٌ بنصف كفاية المسكين، والمدُّ مقدرٌ بنصف كفايته فقد حصلت له كفاية يوم فيجوز، فإنْ أعطى غيرهم مدًّا مدًّا لم يجز؛ لأنه فرق طعام العشرة على عشرين، فلم يحصل لكلِّ واحدٍ منهم مقدار كفايته، ولو غداهم وأعطى قيمة العشاء فلوساً أو دراهم أجزأه عندنا؛ خلافاً للشافعي (رحمه الله)؛ لأن القيمةَ في الكفارة تقومُ مقامَ المنصوصِ عليه عندنا، وعنده لا تقوم.

وأما الذي يرجع إلى المحل المنصرف إليه الطعام، فمنها: أن يكون فقيراً، فلا يجوز إطعام الغني عن الكفارة تمليكاً وإباحة؛ لأن الله (تبارك وتعالى) أمر بإطعام عشرة مساكين بقوله (سبحانه): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] ولو كان له مالٌ وعليه دَيْنٌ له مطالبٌ من جهة العباد يجوز إطعامه؛ لأنه فقير بدليل أنه يجوز إعطاء الزكاة إياه، فالكفارة أولى.

ومنها: أن يكون ممن يستوفي الطعام، وهذا في إطعام الإباحة، حتى لو غدَّىٰ عشرة مساكين وعشاهم، وفيهم صبي أو فوق ذلك لم يجز، وعليه إطعام مسكين واحد؛ لقوله (جلَّ جلاله): ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] وذلك ليس من أوسط ما يطعم، حتى لو كان مراهقاً جاز؛ لأن المراهق يستوفي الطعام فيحصل الإطعام من أوسط ما يطعم.

ومنها: ألا يكون مملوكه؛ لأن الصرف إليه صرف إلى نفسه، فلم يجز.

ومنها: ألا يكون من الوالدين والمولودين، فلا يجوز إطعامهم تمليكاً وإباحةً، لأن المنافع بينهم متصلة فكان الصرف إليهم صرفاً إلى نفسه من وجه، ولهذا لم يجز صرف الزكاة إليهم، ولا تقبل شهادة البعضِ للبعض، ولما ذكرنا أن الواجب بحق التكفير لما اقترف من الذنب بما أعطى نَفْسَهُ مُنَاهَا وَأَوْصَلَهَا إِلَىٰ هَوَاهَا بغير إذن من الآذن، وهو الله (سبحانه جلَّت

عظمتُهُ) ففرض عليهم الخروج عن المعصية بما تتألم به النفس وينفر عنه الطبع، ليذيق نفسه المرارة بمقابلة إعطائها من الشهوة، وهذا المعنى لا يحصل بإطعام هؤلاء؛ لأَن النفس لا تتألم به، بل تميل إليه لما جعل الله (سبحانه) بحيث لا تحتمل نزول البلاء والشدة بهم، وبحيث يجتهد كل في دفع الحاجة عنهم مثل الدفع عن نفسه.

ولو أطعم أخاه أو أخته وهو فقير جاز؛ لأَن: هذا المعنى لا يوجد في الأَخ والأُخت، فدخل تحت عموم قوله (تعالى): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] ولو أطعم ولده أو غنيًا على ظن أنه أجنبيٌّ أو فقيرٌ، ثم تبين أجزأه في قولِ أبي حنيفة ومحمدٍ، وعند أبي يوسف لا يجوز، وهو على الاختلاف الذي ذكرنا، وقد مَرَّ الكلام فيه.

ومنها: ألا يكون هاشميًا؛ لأن الله (تبارك وتعالى) كَرِهَ لهم غسالة أيدي الناس وعوضهم بخمس الخمس من الغنيمة، ولو دفع إليه على ظن أنه ليس بهاشميٍّ ثم ظهر أنه هاشميٌّ، فهو على الاختلاف.

ومنها: ألا يكون زوجاً أو زوجةً له؛ لأَن ما شرع له الكفارة هو تألمُ الطبعِ ونفاره بالبذل والإخراج لا يوجد بين الزوجين، لما يوجد البذل بينهما شهوة وطبيعة، ويكونَ التناكح لمثله في العرف والشرع على ما روي: «تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِمَالِهَا وَجَمَالِهَا» وعلى ما وضع النكاح للمودة والمحبة، ولا يتحقق ذلك، إلاَّ بالبذل ودفع الشحِّ، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر؛ لأَن أحدهما ينتفع بمال صاحبه فتتمكن التهمة في الشهادة.

ومنها: ألا يكون حربيًا وإن كان مستأمناً؛ لأَن الله (تعالى عزَّ شأنه) نهانا عن البر بهم والإحسان إليهم؛ بقوله (تعالى): ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ﴾ [الممتحنة:٩] ولأنَّ في الدفع إلى الحربي إعانة له على الحراب مع المسلمين، وقد قال الله (سبحانه وتعالى): ﴿وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَىٰ الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة:٢] ويجوز إعطاء فقراء أهل الذمة من الكفارات والنذور وغير ذلك، إلاَّ الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله)، وقال أبو يوسف (رحمه الله): لا يجوز إلاَّ النذور والتطوع ودم المتعة.

وجه قوله أَن هذه صدقة وجبت بإيجاب الله (عزَّ شأنه) فلا يجوز صرفها إلى الكافر كالزكاة بخلاف النذر؛ لأنه وجب بإيجاب العبد، والتطوع ليس بواجب أصلاً، والتصدق بلحمِ المتعة غير واجبِ، لأن معنى القربة في الإراقة.

ولهما عموم قوله (تعالى): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] من غير فصل بين المؤمن والكافر إلاَّ أنه خص منه الحربي بما تلونا فبقي الذمي على عموم النص، فكان ينبغي أن يجوز صرف الزكاة إليه إلاَّ أن الزكاة خصت بقول النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى

اليمن: «خُذْهَا مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَرُدَّهَا فِي فُقَرَائِهِمْ»[١]. أمر (عليه السلام) برد الزكاة إلى من أمر بالأخذ من أغنيائهم، والمأخوذ منه المسلمون؛ فكذا المردود عليهم.

وروي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) قال: «أُمِرْتُ أَنْ آخُذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَأَرُدَّهَا فِي فُقَرَائِهِمْ»[٢].

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الزكاة.

(٢) لا نعلم خلافاً بين العلماء في أن المكفِّر بالإطعام يخرج عن عهدة الكفارة بإطعام عشرة مساكين، لكل مسكين ما وجب له، كما لا نعلم خلافاً بينهم أيضاً في أنه لا يخرج عن عهدة الكفارة بدفعه ما وجب عليه من الطعام لمسكين واحد في يوم واحد دفعة واحدة؛ لأن ذلك لا يسمى إطعام عشرة مساكين، لا حقيقة ولا حكماً، فهو مخالفٌ لظاهر الآية. وليس في السُّنة ما يؤيده.

وإنما الخلاف بينهم في دفع ما وجب عليه من الطعام لمسكين واحد في عشرة أيام، أو في يوم واحد على دفعات متفرقة على سبيل التمليك.

فجمهور العلماء، ومنهم الأئمة: مالك، والشافعي، وأحمد في المشهور من مذهبه، ذهبوا إلى أن ذلك لا يجوز، ولا يخرج به المكفِّر عن العهدة، ولا بد من إعطاء تسعة مساكين آخرين لكلِّ واحدٍ منهم ما وجب له، فعدد العشرة عندهم معتبر.

ومنهم من ذهب إلى أن ذلك جائز، ومسقط للعهدة، وهو الإمام أبو حنيفة وأصحابه، والإمام أحمد ـ في رواية ـ، غير أن الحنفية يجيزون دفعها لمسكين واحد في أيام متعددة من غير خلاف بينهم، وأما دفعها له في يوم واحد على دفعات على سبيل التمليك ـ فذلك محل خلاف بينهم والمشهور في المذهب عَدَمُ الجواز.

واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ وذلك بظاهره يفيدُ وجوب دفعها لهذا العدد المعين، ولم يوجد من السنة ما يدفع هذا الظاهر، فدفعها لما دون هذا العدد المعين مخالفٌ لظاهر الآية من غير موجب، فلا يكون موجباً للامتثال.

واستدل الحنفية بأن المقصود من الإطعام سد خلة المحتاج، وحاجة المسكين الواحد تتجدَّد بتجدد الأيام، فالدفع في الأيام المتعددة، كالدفع إلى غيره في اليوم الواحد، إذا كان الغير متعدداً.

وقالوا: إن الآية ليس مراداً منها ظاهرها، بل المرادُ إطعام العشرة حقيقة أو حكماً؛ لأن تقدير الآية هكذا: «أو إطعام طعام عشرة مساكين»، فالمعتبر طعامُ العشرة، سواء دفع للعشرة، أو دفع لمسكينٍ واحد في عشرة أيام؛ لأن مقصود الشرع ـ وهو سد خلة المحتاج ـ متحقق بكلا الأمرين، ويرد على الحنفية بأن تأويل الآية بالتأويل المذكور تأويلٌ بعيد، لا دليل عليه، فهو غير مقبول، لأنه يوجب تقديراً في الآية من غير حاجة إليه، والأصل عدم التقدير.

والقول بأن حاجة المسكين الواحد في الأيام المختلفة؛ كحاجة المساكين المتعددة ـ قياس في مقابلة النص على خلافه، فيكون باطلاً، ولم لا يجوز أن يكون الشارع قد قصد إلى تعدد المساكين، واختلافهم؛ لما في ذلك من حصول البركة بالجماعة، وشمول المنفعة لهم، وفي ذلك جمع للقلوب على المحبة والدُّعاء.

من هذا كله، يتبين لنا أن وجهة الجمهور أقوى وأسلم؛ فيكون رأيهم أرجح. =

ووجه الاستدلال ما ذكرنا، ولأَن الكفارة وجبت لدفع المسكنة، والمسكنة موجودة في الكفرة، فيجوز صرف الصدقة إليهم، كما يجوز صرفها إلى المسلم، بل أولى؛ لأن التصدق عليهم بعض ما يرغبهم إلى الإسلام ويحملهم عليه، ولما ذكرنا أَن الكفارات وجبت بما اختار من إِعطاء النفس شهوتها فيما لا يحل له، فتكون كفارتها بكف النفس عن شهوتها فيما يحل

= واتفقت كلمة الفقهاء على أن من وجبت عليه كفارة اليمين وأراد أن يكفر بالإطعام، فأعطى عشرة مساكين القدر الواجب لكل منهم مملكاً ذلك لهم أجزأه ذلك وسقطت عنه الكفارة، ولكنهم اختلفوا فيما إذا لم يعطهم ذلك على سبيل التمليك وإنما أباحه لهم بأن غدَّاهم أو عشَّاهم أو جمع بين الأمرين.

فذهب الشافعي وأحمد في الرواية المشهورة عنهم إلى أنه لا يكفيه ذلك ولا استنفدوا في أكلهم أكثر مما وجب لهم، ولا بد من تمليكهم مقدار ما وجب لهم. وذهب الإمام مالك. والإمام أبو حنيفة وأصحابه إلى أن التمليك ليس بشرط، بل يكفي إباحة الطعام لهم. فلو غداهم وعشاهم كفاه ذلك، ولا يطالب بشيء بعد هذا. وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل.

واستدل الشافعي وأحمد في مشهور مذهبه.

أولاً: أن الإطعام في الكفارة مال وجب بالشرع فيجب فيه التمليك كما وجب في الزكاة.

ثانياً: أن التمليك يعطي للمسكين فرصة للتصرف فيما ملك أوسع من فرصة الأكل. فقد يكون محتاجاً للتصرف بالطعام في حاجة أخرى غير ناحية الأكل، كبيعه والانتفاع بثمنه، أو دفعه عوضاً عما اقترضه، أو غير ذلك، فوجب المصير إلى ما هو أنفع وأشمل. ووجهة أبي حنيفة ومن ذهب مذهبه أن الله تعالى إنما أوجب إطعام عشرة مساكين من أوسط ما نطعم الأهل، ولم يتعرض إلى اشتراط التمليك لا بنفي ولا بإثبات، والإطعام كما يصدق على التمليك يصدق على التمكين منه، ومنه قوله ﷺ «أفشوا السلام، وأطعموا الطعام» فوجب القول بكل منهما لعدم ما يدل على واحد منهما بخصوصه، وأجابوا عن وجهة الشافعي ومن معه بأن قياس الإطعام في الكفارة على الزكاة قياس مع الفارق. لأن الزكاة ورد فيها ما يدل على التمليك وهو دخول اللام المفيدة للتمليك على بعض الأصناف الثمانية في قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها.....﴾ الآية فاقتضى أن العلة في التمليك في الزكاة هو وجود ما يدل على التمليك فيها لا مطلق كونها ما لا وجب بالشرع وتلك العلة قاصرة على الزكاة.

والقول بأن التمليك يعطي للمسكين فرصة أوسع الخ. لا يوجب تعينه بخصوصه، وإنما يقتضي أن يكون المكفر بالخيار بين التمليك والإباحة يفصل ما يراه مصلحة للمسكين. على أن الشارع لم ينظر إلى تلك الأشياء التي تنظرون إليها، وإنما نظر إلى الإطعام لأنه من الأمور الضرورية التي يحفظ بها البدن وتصان بها النفس وذلك متحقق بالإباحة والتمليك. ونحن إذا نظرنا إلى أن حالة الفقراء والمساكين تختلف تبعاً لاختلاف أخلاقهم وعاداتهم وأن منهم الصالح والطالح، وأن كثيراً منهم يتصرف فيما يعطى له في أوجه هي إلى الفساد أقرب منها إلى المصلحة والمنفعة رأينا أن ترك الأمر إلى ما يراه المكفر أولى وأحسن فإن شاء ملَّك المساكين الطعام إن رآهم صالحين يتصرفون تصرفاً حسناً، وإن شاء جمعهم وغدَّاهم وعشاهم وحفظ عليهم حياتهم إن كانوا بخلاف ذلك وهذا مما يتمشى مع رأي الحنفية والمالكية فكان هو الأولى بالاختيار. ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف، والشرح الكبير (٢/ ١١٧، ١١٨) وابن قدامة (٨/ ٦٠٠، ٦٠٤)، وفتح (٣/ ٣٤٨).

له، وبذل ما كان في طبعه منعه، وهذا المعنى يحصل بالصرف إلى الكافر؛ بخلاف الزكاة لأنها ما وجبت بحق التكفير، بل بحق الشكر.

أَلاَ ترى أنها تجب بلا كسب من جهة العبد، وحق الشكر الإِنفاق في طاعة المنعم والمصرف إلى المؤمن إنفاق على من يصرفه إلى طاعة الله (جل شأنه) فيخرج مخرج المعونة على الطاعة، فيحصل معنى الشكر على الكمال، والكافر لا يصرفه إلى طاعة الله (عزَّ شأنه) فلا يتحقق معنى الشكر على التمام، فأما الكفارات فما عرف وجوبها شكراً، بل تكفيراً لإِعطاء النفس شهوتها بإخراج ما في شهوتها المنع؛ وهذا المعنى في الصرف إلى الكافر موجود على الكمال والتمام، لذلك افترقا، وهل يشترط عدد المساكين صورة في الإِطعام تمليكاً وإباحةً؟.

قال أصحابنا: ليس بشرطٍ، وقال الشافعي (رحمه الله): شرطٌ حتى لو دفع طعام عشرة مساكين، وذلك خمسة أصوع إلى مسكين واحد في عشرة أيام كل يوم نصف صاعٍ، أو غدى مسكيناً واحداً أو عشاه عشرةَ أيامٍ أجزأ عندنا، وعنده لا يجزيه إلا عن واحدٍ.

واحتج بظاهر قوله (جل شأنه): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] نص على عدد العشرة، فلا يجوز الاقتصار على ما دونه كسائر الأعداد المذكورة في القرآن العظيم؛ كقوله (عزَّ شأنه): ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور:٤] وقوله (جلَّ شأنه): ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة:٢٣٤] ونحو ذلك.

والدليل عليه: أنه لو دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحدٍ دفعة واحدة في يوم واحدٍ لا يجوز.

ولنا أن في النص إطعام عشرة مساكين، وإطعامُ عشرة مساكين قد يكون بأن يطعم عشرة مساكين، وقد يكون بأن يكفي عشرة مساكين، سواء أطعم عشرة مساكين أو لا، فإذا أطعم مسكيناً واحد عشرةَ أيامَ قدر ما يكفي عشرة مساكين، فقد وجد إطعام عشرة مساكين، فخرج عن العهدة؛ على أن معنى إطعام مساكين إن كان هو بأن يطعم عشرة مساكين، لكن إطعام عشرة مساكين على هذا التفسير قد يكون صورة ومعنى بأنْ يطعم عشرة من المساكين عدداً في يوم واحد، أو في عشرة أيام، وقد يكون معنى لا صورة، وهو أن يطعم مسكيناً واحدةً في عشرة أيام، لأن الإِطعام لدفع الجوعة وسد المسكنة، وله كل يوم جوعة ومسكنة على حدة؛ لأنَّ الجوعَ يتجدد والمسكنة تحدثُ في كلِّ يوم ودفع عشر جوعات عن مسكين واحد في عشرة أيام في معنى دفعِ عشر جوعات عن عشرةٍ مساكين في يومٍ واحدٍ، أو في عشرة أيامٍ، فكان هذا إطعام عشرة مساكين معنى، فيجوز.

ونظير هذا ما روي في الاستنجاء بثلاثة أحجار، ثم لو استنجى بالمدر أو بحجر له ثلاثة أحرف جاز؛ لحصول المقصود منه وهو التطهير؛ كذا هذا.

ولأن ما وجبت له هذه الكفارة يقتضي سقوط اعتبار عدد المساكين، وهو ما ذكرنا من إذاقة النفس مرارة الدفع وإزالة الملك؛ لابتغاء وجه الله (سبحانه وتعالى) لتكفير ما أتبعها هواها وأوصلها إلى مُنَاهَا؛ كما خالف الله (عزَّ وجلَّ) في فعله بترك الوفاء بعهدِ اللَّهِ (سبحانه وتعالى)؛ وهذا المعنى في بذل هذا القدر من المال تمليكاً وإباحةً لا في مراعاة عدد المساكين صورة؛ بخلاف ذكر العدد في باب الحد والعدة؛ لأن اشتراط العدد هناك ثبت نصًا غير معقول المعنى، فلا يحتمل التعدية وههنا معقول على ما بَيّنّا.

وبخلاف الشهادات حيث لا تجوز إقامة الواحد فيها في يومين أو في دفعتين مقام شهادة شاهدين؛ لأن هناك المعنى الذي يحصل بالعدد لا يحصل بالواحد، وهو انتفاء التهمة ومنفعة التصديق ونفاذ القول على ما نذكره في كتاب الشهادات، إن شاء الله (تعالى).

وههنا معنى التكفير ودفع الحاجة وسد المسكنة لا يختلف لما بينا.

وأما إذا دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحدٍ في يوم واحدٍ دفعةً واحدة أو دفعات، فلا رواية فيه، واختلف مشايخنا: قال بعضهم يجوز، وقال عامة مشايخنا: لا يجوز إلاّ عن واحد؛ لأن ظاهر النص يقتضي الجواز على الوجه الذي بينا، إلاّ أنه مخصوصٌ في حق يوم واحد لدليل كما صار مخصوصاً في حق بعض المساكين من الوالدين والمولودين ونحوهم، فيجب العمل به فيما وراء المخصوص؛ ولما ذكرنا أن الأصلَ في الطعام هو طعامُ الإباحة؛ إذ هو المتعارف في اللغة وهو التغذية والتعشية لدفع الجوع وإزالة المسكنة، وفي الحال دفع عشر جوعات، وهذا في واحد في حق مسكين واحد لا يكون، فلا بد من تفريق الدفع على الأيام.

ويجوز أن يختلف حكم التفريق المجتمع؛ كما في رمي الجمار أنه إذا رمى بالحصا متفرقاً جاز، ولو رمى مجتمعاً دفعة واحدة لا يجوز إلاّ عن واحدة، ووجد في مسألتنا فجاز.

وكذلك لو غدى رجلاً واحداً عشرين يوماً أو عشى رجلاً واحداً في رمضان عشرين يوماً أجزأه عندنا؛ لما ذكرنا، وعند الشافعي: لا يجوز؛ لأن عدد المساكين عنده شرط ولم يوجد، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وأما الكسوة فالكلام فيها في ثلاثة مواضع: في بيان قدرها، وفي بيان صفتها، وفي بيان مصرفها.

أما الأولُ: فأدنى الكسوة ثوبٌ واحدٌ جامعٌ لكل مسكين، قميص، أو رداء، أو كساء، أو ملحفة، أو جبة، أو قباء، أو إزار كبير، وهو الذي يستر البدن؛ لأن الله (تعالى) ذكر

الكسوة ولم يذكرْ فيه التقدير، فكلما يسمى لابسه مكتسباً يجزي، وما لا فلا، وَلاَبِسُ ما ذكرنا يسمى مكتسباً، فيجزي عن الكفارة، ولا تجزي القلنسوة والخفان والنعلان، لأن لابسهما لا يسمى مكتسياً إذا لم يكن عليه ثوب، ولا هي تسمى كسوة في العرف.

وأما السراويل والعمامة فقد اختلفت الروايات فيها، روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة (رحمهم الله) أنه إذا أعطى مسكيناً قباء أو كساء أو سراويل أو عمامة سابغة يجوز، وروي عن أبي يوسف أنه لا تجزي السراويل والعمامة، وهو رواية عن محمد في الإملاء.

وروى هشام (رضي الله عنه) أَنَّ السراويل تجزيه، وهذا لا يوجب اختلاف الرواية في العمامة، لأن في رواية الحسن شرط في العمامة أَنْ تَكُونَ سابغة، فتحمل رواية عدم الجواز فيها على ما إذا لم تكن سابغة، وهي أن لا تكفي تقميص واحد.

وأما السراويل فوجه رواية الجواز تجوزُ فيه الصلاة، فيجزي عن الكفارة كالقميص، ووجه رواية عدم الجواز وهي التي صَحَّحَها القدوري (رحمه الله) أن لابس السراويل لا يسمى مكتسياً عرفاً وعادةً، بل يسمى عرياناً، فلا يدخل تحت مطلق الكسوة.

وذكر الطحاوي أنه إذا كسا امرأةً فإنه يزيد فيه الخمار، وهذا اعتبار جواز الصلاة في الكسوة على ما روي عن محمدٍ؛ لأن رأسها عورة لا تجوز صلاتها مع انكشافه، ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة، ولكنه يجزي من الطعام عندنا إذا كان يساوي نصف صاعٍ من حنطةٍ.

أما عدم جوازه من الكسوة؛ فلأن الواجب هو الكسوة، ونصف ثوب لا يسمى كسوة لا يجوز أن تعتبر قيمته عن كسوة رديئة؛ لأن الشيء لا يكون بدلاً عن نفسه.

وأما جوازه عن الطعام إذا بلغ قيمته نصف صاع؛ فلأن القيمة تجوز بدلاً عن الكسوة عندنا؛ كما تجوز بدلاً عنِ الطعام، والوجه فيه على نحو ما ذكرنا في الطعام، وهل تشترط نية البدلية؟ قال أبو يوسف: تُشْتَرَطُ ولا تجزي الكسوة عن الطعام إلاَّ بالنية، قال محمدٌ: لا تشترط، ونيةُ التكفيرِ كافيةٌ.

وجه قول محمدٍ أن الواجب عليه ليس إلاَّ التكفير، فيستدعي نية التكفير، وقد وجدت فيجزيه؛ كما لو أعطى المساكين دراهم بنية الكفارة، وهي لا تبلغ قيمة الكسوة وتبلغ قيمة الطعام جازت الطعام، ولو كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة جازت عن الكسوة من غير نيةِ البدلية؛ كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف أَنَّ المؤدي يحتمل الجواز عن نفسه؛ لأنَه يمكن تكميله بضم الباقي

إليه، فلا يصير بدلاً إلا بجعله بدلاً؛ وذلك بالنية، بخلاف الدراهم؛ لأن لا جواز لها عن نفسها؛ لأنها غيرُ منصوصٍ عليها، فكانت متعينة للبدلية فلا حاجة إلى التعيين.

وكذلك لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين أو نعلين، لم يجزه في الكسوة وأجزأه في الطعام إذا كان يساويه في القيمة عند أصحابنا لما قلنا، وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوباً واحداً بينهم كثير القيمة، نصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب، لم يجزه في الكسوة، وأجزأه في الطعام، لما ذكرنا أن الكسوة منصوصٌ عليها، فلا تكون بدلاً عن نفسها، وتصلح بدلاً عن غيرها؛ كما لو أعطى كل مسكين ربع صاع من حنطةٍ، وذلك يساوي صاعاً من تمر؛ أنه لا يجزي عن الطعام، وإن كان مد من حنطة يساوي ثوباً يجزي عن الكسوة؛ لأن الطعام يجوز أن يكون قيمة عن الثوب، ولا يجوز أن يكون قيمة عن الطعام؛ لأن الطعام كله شيء واحد، لأن المقصود منه واحدة، فلا يجوز بعضه عن بعض بخلاف الطعام مع الكسوة؛ لأنهما متغايران ذاتاً ومقصوداً، فجاز أن يقوم أحدُهما مقام الآخر.

وكذا لو أعطى عشرة مساكين دابة أو عبداً، وقيمته تبلغ عشرة أثواب، جاز في الكسوة، وإن لم تبلغ قيمته عشرة أثواب، وبلغت قيمة الطعام، أجزأه عنه عندنا؛ لأن دفع البدل في باب الكفارة جائزٌ عندنا.

قال أبو يوسف: لَوْ أَنَّ رَجُلاً عليه كفارة يمين، فأعطى عشرة مساكين: مسكيناً نصف صاعٍ من حنطة، ومسكيناً صاعاً من شعير، ومسكيناً ثوباً، وغدى مسكيناً وعشاه ـ لم يجزه ذلكَ حتى يكمل عشرة من أحد النوعين، لأن الله (تبارك وتعالى) جعل الكفارة أحد الأنواع الثلاثة من الإطعام أو الكسوةِ أو التحرير؛ بقوله (تبارك وتعالى): ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] إلى قوله(تعالى): ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] و«أو» تتناول أحدها فلا تجوز الجمع بينها؛ لأنه يكون نوعاً رابعاً، وهذا لا يجوز، لكنه إذا اختار الطعام جاز له أنْ يعطي مسكيناً حنطة، ومسكيناً شعيراً ومسكيناً تمراً؛ لأن اسم الطعام يتناول الكل.

ولو أعطى نصف صاع من تمر جيد يساوي نصف صاع من بر لم يجز إلاً عن نفسه بقدره؛ لأن التمر منصوصٌ عليه في الإطعام كالبر، فلا يجزي أحدهما عن الآخر؛ كما لا يجوز الثمن عن التمر، ويجزي التمر عن الكسوة؛ لأن المقصود من كلِّ واحدٍ منهما غير المقصود من الآخر، فجاز إخراج أحدهما عن الآخر بالقيمة، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وأما صفة الكسوة فهي أَنَّها لا تجوز إلاً على سبيل التمليك؛ بخلاف الإطعام عندنا؛ لأن الكسوة لدفع حاجة الحر والبرد، وهذه الحاجة لا تندفع إلاً بتمليك؛ لأنه لا ينقطع حقَّه إلا به، فأمَّا الإطعام فلدفع حاجة الجوع، وذلك يحصل بالطعم؛ لأنَّ حقه ينقطع به، ويجوز أداء

القيمة عن الكسوة؛ كما يجوز عن الطعام عندنا؛ خلافاً للشافعي (رحمه الله)، ولو دفع كسوة عشرة مساكين إلى مسكين واحد في عشرة أيام جاز عندنا.

وعند الشافعي لا يجوز إلاَّ عن مسكينٍ واحدٍ؛ كما في الإِطعام.

ولو أطعم خمسة مساكين على وجه الإباحة، وكسا خمسة مساكين؛ فإن أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز؛ لما ذكرنا أن الله (تبارك وتعالى) أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما، وإن أخرجه على وجه القيمة، فإن كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه، وإن كانتِ الكسوةُ أرخصَ من الطعام لم يجزه؛ لأن الكسوة تمليك، فجاز أن تكون بدلاً عن الطعام، ثم إذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج الطعام، وإن كانت أغلى فقد أخرج قيمة الطعام وزيادة، فجاز وصار كما لو أطعم خمسة مساكين طعام الإِباحة، وأداء قيمة طعام خمسة مساكين طعام الإِباحة، وأداء قيمة طعام خمسة مساكين أو أكثر جائز عندنا؛ كذا هذا.

وإذا كَانَتْ قيمةُ الكسوةِ أرخص من قيمة الطعام لا يكون الطعام بدلاً عنه؛ لأَن طعام الإِباحة ليس بتمليك، فلا يقوم مقام التمليك وهو الكسوة؛ لأن الشيء لا يقوم مقام ما هو فوقه، ولو أعطى خمسة مساكين وكسا خمسة جاز، وجعل أغلاهما ثمناً بدلاً عن أرخصهما ثمناً، أيهما كان، لأن كل واحد منهما تمليك، فجاز أن يكون أحدهما بدلاً عن الآخر.

وأما مصرف الكسوة فمصرفها هو مصرف الطعام وقد ذكرناه.

وأما التحرير فلجوازه عن التكفير شرائط تختص به.

فمنها: ملك الرقبة حتى لو أعتق إنسانٌ عبده عن كفارة الغير لا يجوز، وإن أجاز ذلك الغير؛ لأن الإِعتاق وقع عنه فلا توقف على غيره؛ وكذا لو قال لغيره: أعتق عبدك عن كفارتي، فأعتق لم يجز عن كفارته وعتق العبد.

ولو قال: أعتق عبد على ألف درهم عن كفارة يميني، فأعتقه أجزأه عند أصحابنا الثلاثة؛ لأن العتق يَقَعُ عن الآخر، وعند زفر (رحمه الله) لا يجزيه، لأَن العتق عن المأمور.

ولو قال: أَعتق عبدك عَنّي عن كفارة يميني، ولم يذكر البدل، لم يُجْزِهِ عن الكفارة في قولِ أبي حنيفة ومحمدٍ (رحمهما الله)؛ لأن العتق يَقَعُ عن الآمِر، والمسألةُ قد مَرَّتْ في «كتاب الولاء» فرق بين هذا وبين الكسوة والإِطعام أَن هناك يجزيه عن الكفارة، وإن لم يذكر البدل، وعن الإِعتاق لا يجوز عندهما.

ووجهه: أن التمليكَ بغير بدلٍ هبةٌ، ولا جواز لها بدون القبض، ولم يوجد القبض في الإِعتاق ووجد في الإِطعام والكسوة؛ لأَنَّ قبض الفقير يقوم مقام قبض المكفر.

ومنها: أن تكون الرقبة كاملة للمعتق، وهو أن تكون كلها ملك المعتق، وإن شئت قلت ومنها حصول كمال العتق للرقبة بالإعتاق؛ لأن التحرير المطلق مضافاً إلى الرقبة لا يتحقق بدونه.

وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبدين بينه وبين رجلٍ أنه لا يجزئه عن الكفارة؛ لأن إعتاق عبدين بين رجلين يوجب تفريق العتق في شخصين، فلا يحصل لكل واحد منهما عتق كامل؛ لانعدام كمال الملك له في كلٍّ واحد منهما، فالواجب عليه صرف عتق كامل إلى شخص واحد، فإذا فرقه لا يجوز؛ كما لو أعطى طعام مسكين واحد إلى مسكينين؛ بخلاف شاتين بين رجلين ذكَّياهما عن نسكيهما أجزأهما؛ لأن الشركة في النسك جائزةٌ إذا أصاب كلُّ واحد منهما مقدار شاة؛ بدليل أنه يجوز بدنة واحدة لسبعة، فكان الشرط في باب النسك أَنْ يكون مقدار شاة، وقد وجد، وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبداً بينه وبين غيره وهو موسر أو معسر أنه لا يجوز عن الكفارة عند أبي حنيفة (رضي الله عنه) لنقصان الملك والعتق؛ لأن العتق يتجزأ عنده، وعندهما إن كان موسراً يجوز، وإن كان معسراً لا يجوز؛ لأنه تجب السعاية على العبد إذا كان معسراً فيكون إعتاقاً بعوض، وإذا كان موسراً لا سعاية على العبد.

ومنها: أن تكون الرقبة كاملة الرق؛ لأن المأمور به تحرير رقبة مطلقاً، والتحرير تخليصٌ عن الرق، فيقتضي كون الرقبة مرقوقة مطلقة، ونقصان الرق فوات جزء منه، فلا يكون تحريرها مطلقاً، فلا يكون آتياً بالواجب.

وعلى هذا يخرج تحرير المدبر وأم الولد عن الكفارة أنه لا يجوز لنقصان رقهما؛ لثبوت الحرية من وجه أو حق الحرية بالتدبير والاستيلاد حتى امتنع تمليكها بالبيع والهبة وغيرهما.

وأما تحريرُ المكاتب عن الكفارة فجائزٌ استحساناً إذا لم يؤد شيئاً من بدل الكتابة، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي (رحمهما الله) ولو كان أَدَّىٰ شيئاً من بدلِ الكتابة لا يجوز تحريره عن الكفارةِ في ظاهرِ الروايةِ.

وروى الحسن عن أبي حنيفة (رضي الله عنهما) أنه يجوز، وَلَوْ عَجَزَ عن أداء بدل الكتابة، ثم أعتقه جاز بلا خلاف؛ سواء كان أَدَّىٰ شيئاً من بدلِ الكتاب أو لم يؤد.

وجه القياس: أَنَّ الإعتاق إزالة الملك، وملك المولى من المكاتب زائل، إذ الملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية من الاستخدام، والاستفراش، والبيع، والهبة، والإجارة، ونحوها، وهذه القدرة زائلة عن المولى في حق المكاتب؛ فإنه لا يملك شيئاً من ذلك عليه، والدليل أنه لو قال: كلُّ مملوك لي حُرٌّ لا يدخل فيه المكاتب، وكذا لو وطئت المكاتب بشبهةٍ، كان العقر لها لا للمولى، وإذا جنى على المكاتب كان الأَرش

له لا للمولى، فَدَلَّ أن ملكه زائلٌ، فلا يجوز إعتاقه عن الكفارة، ولهذا تسلم له الأَولاد والإكساب، ولا يسلم ذلك بالإعتاق المبتدأ، فَدَلَّ أن العتق يثبت بجهة الكتابة.

ولنا لبيان أن الملك ملك المولى النصُّ ودلالةُ الإجماع والمعقولُ.

وأما النصُّ فقول النبي ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»[1] والعبدُ المضاف إلى العباد اسم للمملوك من بني آدم في عرف اللغة والشرع، ولهذا لو قال: كل عبد لي فهو حرٌّ، دخل فيه المكاتَبُ، والله (جلّ وعلا) أعلم.

وأما دلالة الإجماع فإنه لو أدى بدل الكتابة أو أبرأه المولى عن البدل يعتق، ولا يعتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله ﷺ.

وأما المعقول فَهُوَ أَنَّ الملك كان ثابتاً له فيه قبل العقد العارض ليس إلاَّ لفظ الكتابة، وليس فيه ما ينبىء عن زوال الملك؛ لأَن الكتابة تستعمل في الفرض والتقدير وفي الكتابة المعروفة، وشيء من ذلك لا ينبىء عن زوال الملك فيبقى الملك على ما كان قبل العقد.

وأما قوله أن الملك هو القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية وهي غير ثابتة للمولى، فممنوعٌ أن الملك هو القدرة، بل هو اختصاص الملك بالملوك، فملك العين هو اختصاص المالك بالعين، وكونه أحق بالعين من غيره، ثم قد يظهر أثره في جواز التصرفات، وقد لا يظهر مع قيامه في نفسه لقيام حق الغير في المحل حقًّا محترماً كالمرهون والمستأجر، وإنما لا يدخل في إطلاق قوله: كل مملوك لي فهو حر، لا للخل في الملك لأَنه لا خلل فيه كما بينا، بل لخللٍ في الإضافة؛ لكونه حُرًّا يداً، فلم يدخل تحت مطلق الإضافة حتى لو نوى يدخل وسلامة الأَولاد والأَكساب ممنوعة في الفرع، والرواية فيما أدى بدل الكتابة أو أبرأه عنها، كذا قال أستاذ أستاذي الشيخ الإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي، ولئن سلمنا سلامة الأَكساب والأَولاد، ولكن لم قلتم إن السلامة تثبت حكماً لثبوت العتق بجهة الكتابة السابقة، بل تثبت حكماً لثبوت العتق بالإعتاق الموجود في حال الكتابة، بدليل أنه يسقط عنه بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يسقط بثبوت العتق بجهة الكتابة بل يتقرر به.

وأما إذا كان أدى بعض بدل الكتابة فأعتقه عن الكفارة، فممنوع على رواية الحسن عن أبي حنيفة (رضي الله عنه).

أما التخريج على ظاهر الرواية فظاهرٌ أيضاً؛ لأنه لما أدى بعض بدل الكتابة، فقد حصل

---

(١) تقدم.

للمولى عوضاً عن بعض رقبته، فيكون في معنى الإعتاق بعوضٍ، وذا لا يجزىء عن التكفير؛ كذا هذا؛ والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق نصف عبده عن كفارة، ثم أعتق النصف الآخر عنها أنه يجزئه، أما على أصل أبي يوسف ومحمدٍ (رحمهما الله) فظاهرٌ، لأَن إعتاق النصف إعتاق الكل؛ لأَن العتق لا يتجزأ فلم يتطرق إلى الرق نقصان.

وأما على أصل أبي حنيفة (رضي الله عنه) فالعتق، وإن كان متجزئاً وحصل بإعتاق النصف الأَول، لكن النقصان حصل مصروفاً إلى الكفارة في رق النصف الآخر لاستحقاقه حق الحرية بتخريجه إلى الإعتاق، لأَنه حين ما أعتق النصف الأول كان النصف الآخر على ملكه، فأمكن صرف النقصان إلى الكفارة، فصار كأنه أعتق النصف وبعض النصف الكامل وهو ما انتقص منه، ثم أعتق البقية في المرة الثانية بخلاف ما إذا أعتق نصف عبد بينه وبين آخر وهو موسرٌ، فضمنه صاحبه نصف قيمته، ثم أعتق النصف الآخر ـ أنه لا يجوز عند أبي حنيفة (رضي الله عنه)؛ لأن إعتاق النصف الأَول أوجب نقصاناً في النصف الباقي، ولا يمكن أن يجعل كأنه صرف ذلك النقصان إلى الكفارة؛ لأَنه لا ملك له في ذلك النصف، فبطل قدر النقصان، ولم يقع عن الكفارة، ثم بعد أداء النصف الباقي صرفه إلى الكفارة وهو ناقصٌ، فيصير في الحقيقة معتقاً عن الكفارة عبداً إلاَّ قدر النقصان.

وأما على أصلهما فيجوز في المسألتين؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، فكان إعتاقُ البعض إعتاقُ الكلِّ دفعة واحدة، فلا يتمكن نقصان الرق في الرقبة، فيجوز، ولو أعتق عبداً حلال الدم جاز، لأَن حل الدم لا يوجب نقصاناً في الرق، فكان كامل الرق، وإنما وجب عليه حق فأشبه العبد المديون.

ومنها: أن تكون كاملة الذات، وهو أن لا يكون جنس من أجناس منافع أعضائها فائتاً؛ لأَنه إذا كان كذلك كانت الذات هالكة من وجه، فلا يكون الموجود تحرير رقبة مطلقة، فلا يجوز عن الكفارة.

وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبداً مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يدٍ واحدةٍ ورجلٍ واحدةٍ من جانب واحدٍ، أو يابس الشق مفلوجاً أو مقعداً أو زَمِناً أو أشل اليدين أو مقطوع الإبهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كلِّ يد سوى الإبهامين أو أعمى أو مفقود العينين أو معتوهاً مغلوباً أو أخرس ـ أن لا يجوز عن الكفارة لفواتِ جنسٍ من أجناس المنفعة، وهي منفعة البطش بقطع اليدين وشللهما وقطع الإبهامين؛ لأَن قطع الإبهامين يذهب بقوة اليد، فكان كقطع اليدين وقطع ثلاثة أصابع من كلِّ يدٍ؛ لأَن منفعة البطش تفوت به، ومنفعة المشي بقطع الرجلين وبقطع يدٍ ورجلٍ من جانب، والزُّمَانة والفلج، ومنعه النظر بالعمى وفقء العينين، ومنفعة الكلام بالخرس، ومنفعة العقل بالجنون.

ويجوز إِعتاق الأَعور ومفقود إِحدى العينين، والأعشى، ومقطوع يدٍ واحدةٍ، أو رجل واحدة، ومقطوع يد ورجلٍ من خلاف، وأشل يدٍ واحدة، ومقطوع الأصبعين من كل يدٍ سوى الإِبهامين والعينين، والخصي، والمجبوب، والخنثى، والأَمة الرَّتقاء، والقرناء، وما يمنع من الجماع؛ لأَن منفعة الجنس في هذه الأَعضاء قائمة، ويجوز مقطوع الأَذنين، لأَن منفعة السمع قائمة، وإِنما الأُذن الشاخصة للزينة؛ وكذا مقطوع الأَنف لأَن الفائتَ هو الجمالُ.

وأما منفعة الشم فقائمة، وكذا إذا هب شعر الرأس واللحية والحاجبين، لأَن الشعر للزينة؛ وكذا مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الأَكل؛ لأَن منفعة الجنس قائمة، وإِنما عدمت الزينة ولا يجزىء ساقط الأسنان لأنه لا يقدر على الأكل ففاتت منفعة الجنس.

وأما الأصم فالقياس ألا يجوز لفوات جنس المنفعة، وهي منفعة السمع، فأشبه الأعمى، ويجوز استحساناً؛ لأن أصلِ المنفعة لا يفوت بالصمم، وإِنما ينقص لأن ما من أصم إِلاَّ ويسمع إذا بولغ في الصياح إِلاَّ إذا كان أخرس؛ كذا قيل، فلا يفوت بالصمم أصل المنفعة؛ بل ينتقص، ونقصان منفعة الجنس لا يمنع جواز التكفير، وقيل هذا إذا كان في أُذنه وقرٌ، فأما إذا كان بحال لو جهر بالصوت في أذنه لا يسمع لا يجوز.

ولو أعتق جنيناً لم يجزه عن الكفارة، وإن كان ولد بعد يوم جنياته، لأن المأمور به تحرير رقبة، والجنين لا يسمى رقبة؛ ولأنه لا يبصر فأشبه الأعمى.

ومنها: أن يكون الإِعتاق بغير عوض، فإِن كان بعوضٍ لا يجوز؛ لأن الكفارة عبارة عما يكون شاقًّا على البدن، فإِذا قابله عوضٌ لا يشق عليه إخراجه عن ملكه، ولما ذكرنا أن كفارة اليمين إِنما تجب لإِذاقة النفس مرارة زوال الملك بمقابلة ما استوفت من الشهوات في غيرِ حلِّها، وهذا المعنى لا يحصل إذا كان بعوضٍ؛ لأَن الزائل إِلى عوض قائم ومعنى، فلا يتحقق ما وضعت له هذه الكفارة.

وَعَلَىٰ هذا يخرج ما إذا أعتق عبده على مال عن كفارته؛ أنه لا يجوز، وَإِن أبرأه بعد ذلك عن العوض لا يجوز أيضاً؛ لأنه وقع لا عن جهة التكفير ومضى على وجه، فلا ينقلب كفارة بعد ذلك؛ كما لو أعتق بغير نية الكفارة، ثم نوى بعد العتق، ولو كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر عن كفارته لا يجزيه، لأَن للشريك أن يستسعي العبد في نفسه بالاِتفاق فيصير في معنى الإِعتاق بعوض، ولو كان في رقبة العبد دَيْنٌ فأعتقه المولى عن كفارته، فاختار الغرماء استسعاء العبد، أجزأه عن الكفارة؛ لأن السعاية ليست بعوضٍ عن الرق، وإِنما هي لدين لزم العبد قبل الحرية، فيسعى وهو حر، فلا يمنع جواز الإِعتاق عن الكفارة.

وكذا لو أعتق عبداً رهناً، فسعى العبد في الدين، فإنه يرجع على المولى ويجوز عن الكفارة؛ لأَن السعاية ليست بدل الرق؛ لأَنها ما وجبت للتخريج إلى الإعتاق لحصول العتق بالإعتاق السابق؛ وإنما هي لدين لزمه عن المولى؛ وإن كان موسراً لا يجوز عند أبي حنيفة (رضي الله عنه) لنقصان الملك والرق أيضاً على ما بينا.

أَلاَ ترى أنه لا يعتق إلا نصفه عنده لتجزي العتق عنده، وعندهما لا يجوز، لأَن العتق لا يتجزأ عندهما فيتكامل، ولا يتكامل الملك فيتملك نصيب الشريك بمقتضى الإعتاق ويسار المعتق يمنع استسعاء العبد عندهما، فعرى الإعتاق عن العوض فجاز.

ولو أعتق عبداً في مرض موته عن الكفارة وليس له مال غيره، ولم يجزه عن الكفارة؛ لأنه يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه، فيصير بعضه ببدل وبعضه بغير بدل فلم يجز، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ومنها: الحنث في كفارة اليمين، فلا يجوز تكفير اليمين قبل الحنث، وهو قول الشافعي (رحمه الله) في التكفير بالصوم.

وأما التكفير بالمال فجائزٌ عنده، والمسألة مرت في كتاب الأَيْمَان.

وأما الموت فليس بشرط في كفارة القتل حتى يجوز التكفير فيها بعد الجرح قبل الموت، وقد ذكرنا وجه الفرق بين الكفارتين في «كتاب الأَيْمَان»، والله (عزَّ وجلَّ) الموفق.

ويستوي في التحرير الرقبة الكبيرة والصغيرة، والذكر والأُنثى؛ لإطلاق اسم الرقبة في النصوص.

فإن قيل: الصغيرُ لا منافع لأَعضائه فينبغي أن لا يجوز إعتاقه عن الكفارة كالذمي، وكذا لا يجزىء إطعامه عن الكفارة فكذا إعتاقه.

فالجواب عن الأَول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة، وهي بعرَض أن تصير قوية، فأشبه المريض، وهذا لأن سلامة الأعراض إذا كانت ثابتة يشق عليه إخراجه عن ملكه أكثر مما يشق عليه إخراج فائت جنس المنفعة، وذا جائز؛ فهذا أولى.

وأما إطعامه عن الكفارة فجائزٌ على طريق التمليك، وإنما لا يجوز على سبيل الإباحة؛ لأنه لا يأكل أكلاً معتاداً، ويستوي فيه الرقبة المؤمنة والكافرة؛ وكذا في كفارة الظهار عندنا.

وأما في كفارة القتل فلا يجوز فيها إلا المؤمنة بالإجماع، وقال الشافعي (رضي الله

عنه): لا يجوز في الكفارت كلها إلا المؤمنة[١].

والأَصل فيه أن النص الوارد في كفارة اليمين وكفارة الظهار مطلقٌ عن قيدِ إيمانِ الرقبة، والنصُ الوارد في كفارة القتل مقيدٌ بقيد الإِيمان، فَحَمَلَ الشافعي (رحمه الله) المطلقَ على المقيدِ[٢]؛ ونحن أجرينا المطلقَ على إِطلاقه، والمقيدَ على تقييده.

---

(١) ذهب الجمهور ومنهم مالك، والشافعي، وأحمد في مشهور مذهبه، والأوزاعي إلى أن عتق الرقبة الكافرة في كفارة اليمين لا يجزىء، ولا تسقط، الكفارة به وذهب الإمام أبو حنيفة، وأصحابه، والثوري، وعطاء وأبو ثور إلى أن ذلك مجزىء، ومسقط للكفارة، وهو رواية عن الإمام أحمد.

احتج الجمهور بما رواه مسلم، والنسائي، عن معاوية بن الحكم قال: كانت لي جارية فأتيت النبي ﷺ فقلت علي رقبة. أفأعتقها فقال لها رسول الله ﷺ: أين الله؟ فقالت في السماء فقال: من أنا؟ فقالت: أنت رسول الله. فقال ﷺ: «أعتقها فإنها مؤمنة».

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أخر الجواب عن السائل، حتى علم ما عليه تلك الرقبة من الإيمان أو الكفر، فلما تأكد له إيمانها أجابه ﷺ بأن يعتقها، وقال له: «فإنها مؤمنة» فلو لم يكن وصف الإيمان له دخل في إجزاء العتق، لما كان لهذا التأخير فائدة، ومثل ذلك يجل عنه مقام الرسول ﷺ.

وأيضاً فإنه عليه الصلاة والسلام علّق عتقها على الإيمان وتعليق ذلك يدل على أن الإيمان علّة الإجزاء، لأن تعلُق الحكم بالمشتق مؤذن بأن مبدأ الاشتاق علة فيه. وقالوا: إن الرقبة في الآية، وإن كانت مطلقة غير مقيدة بوصف الإيمان إلا إن هذا الحديث يصلح أن يكون مقيداً حتى على الكفار غير المحاربين مستحبة، ولكن فرقا بين الصدقة المطلقة، وبين العبادات المحددة المقيدة، فتكفير الذنب إنما يرجى بما في العتق من إعانة العتيق على طاعته تعالى، حتى من قال بإجراء الكافرة لا يمكنه أن ينكر أن الاحتياط في إبراء الذمة إنما هو باعتقاء الرقبة المؤمنة، فتقديم المجمع عليه المتقين إجزاؤه أولى بالاعتبار من المظنون المختلف فيه.

والكلام على تحرير الرقبة في كفارة القتل هو الكلام عليه في كفارة اليمين، إلا أن الفقهاء متفقون ههنا على أن الواجب هو عتق رقبة مؤمنة، فلا يجزىء في كفارة القتل عتق الرقبة الكافرة لأن الله تعالى اشترط في الرقبة الإيمان بقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ فعتق غيرها يتنافى مع هذا الشرط، فلا يحقق المطلوب.

وأما كفارة الوقوع في الصيام فحديث الوقاع الناظر فيه يجد أن الرقبة فيه لم تتقيد بوصف الإيمان، وذلك يقضي بعتق الرقبة المؤمنة والكافرة في كفارة الصوم، وبذلك قال أبو حنيفة والظاهرية، وقال مالك والشافعي وأحمد لا يجزىء إلا عتق الرقبة المؤمنة، وأما الظهار فأوجب الله سبحانه وتعالى في كفارة الظهار تحرير الرقبة وجعله أول ما يفعله المظاهر في كفارته، ولكنه لم يقيد الرقبة بالإيمان، كما قيدها به في كفارة القتل، فكان ذلك منشأ لاختلاف الفقهاء في أن وصف الإيمان معتبر في عتق الرقبة، أو غير معتبر فيها. ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف.

(٢) تنوعت آراء العلماء في موجب حمل المطلق على المقيد على مذاهب عدة:

الأول: مذهب يرى أن موجب الحمل هو اللغة مطلقاً.

الثاني: وذهب بعض علماء الشافعية إلى أن موجب الحمل هو اللغة فيما أوجبوا الحمل فيه، وهو صورة تعدد الحكم دون الحادثة. =

....

= **الثالث**: وذهب المحققون منهم إلى أن موجب الحمل هو القياس الصحيح.

الرابع: وذهب بعض الفقهاء إلى أن موجب الحمل هو العقل.

أما الذين ذهبوا إلى أن موجب الحمل هو اللغة مطلقاً، فقد استدلوا على مذهبهم بأن حمل المطلق على المقيد أسلوب من أساليب أهل اللغة؛ لأن العرب تحذف وتثبت في كلامها اعتماداً على ما هو مثبت في الكلام، وذلك نحو ما جاء من قول قيس بن الخطيم [المنسرح]:

نَحْنُ بِمَا عِنْدَنَا وَأَنْتَ بِمَا عِنْدَكَ رَاضٍ وَالرَّأْيُ مُخْتَلِفُ

فنرى أن الشاعر هنا قد حذف كلمة «راضون» في صدر البيت؛ لدلالة قوله في العجز «راضٍ» على المحذوف، فالشاعر يريد أن يقول: نحن بما عندنا راضون، فحذف خبر المبتدأ «نحن» واكتفى بذكر خبر المبتدأ «أنت»؛ ليدل على خبر المبتدأ «نحن».

ومن أمثلة ذلك قول عمرو بن أحمد الباهلي [الطويل]:

رَمَانِي بِأَمْرٍ كُنْتُ مِنْهُ وَوَالِدِي بَرِيئاً وَمِنْ أَجْلِ الطَّوِيِّ رَمَانِي

حيث حذف الشاعر هنا كلمة «بأمر» في عجز البيت؛ لدلالة الصدر عليه، فهو يريد أن يقول: من أجل الطوى رماني بأمر.

فالمستقرىء لأساليب العرب، يلمح بوضوح أن الحذف إنما تستعمله العرب إذا دل دليل لفظي، أو غير لفظي على مراد المتكلم، والقرآن الكريم ذاخر بالشواهد والنماذج على ذلك؛ جرياً على أساليب العرب.

مثال ذلك قول الله عز وجل: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحاً فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾ [فصلت: ٤٦] أي: من عمل صالحاً فعمله لنفسه، ومن أساء فإساءته على نفسه، ومن ذلك أيضاً وله عز وجل: ﴿واللائِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] أي: واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر.

وأما علماء الشافعية الذين ذهبوا إلى وجوب حمل المطلق على المقيد في صورة تعدد الحكم دون الحادثة، تنازعوا في موجب الحمل، فقد ذهبت طائفة منهم إلى أن موجب الحمل هو اللغة، من غير نظر إلى قياس أو دليل، وجعلوه من باب المحذوف، فإن أهل اللسان العربي يحذفون القيد في موضع؛ استناداً على دلالة ذكره في موضع آخر من الكلام، مثال ذلك في قوله عز وجل: ﴿وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ﴾ [الأحزاب: ٣٥] أي: والحافظات لها، ومثله أيضاً قوله عز وجل: ﴿والذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيراً والذَّاكِرَاتِ﴾ [الأحزاب: ٣٥] أي: والذاكرات الله كثيراً، فقد دل عليه ما سبق.

وقد رد هنا بأن المراد بالآية الكريمة: ﴿والذاكرات الله﴾ حيث انصرف الكلام إلى ذكر الله مطلقاً، فلا يتأتى تقييده بصرفه إلى جميع أنواع الذكر؛ لأنَّ الخطاب إنما ورد في سياق المدح لهن وإرشادهن إلى ذكر الله مطلقاً بغير قيد.

ومما ينبغي أن نذكره هنا أن طائفة من الفقهاء ينكرون حمل المطلق على المقيد من جهة اللغة، ودللوا على ذلك بأن إطلاق المطلق يستلزم الأمر به وإيقاعه دون غيره، فلو قلنا بتقييده باللفظ المقيد، لكان من الواجب أن يكون بين المطلق والمقيد صلة، وإلا فإن تقييده ليس بأولى من إطلاقه، وترجع الصلة بين المطلق والمقيد إلى اللفظ أو الحكم، أما صلة اللفظ فإنما تكون بالعطف أو الإضمار، وإن صلة كهذه غيره موجودة بين المطلق والمقيد، بينما الصلة التي مرجعها الحكم فهي قسمان: =

....

= **الأول**: أن يتفق المطلق والمقيد في علة تقييد الحكم فيهما بالصفة، ولا علاقة لهذا بالتقييد باللفظ؛ لأنه من باب التقييد بالقياس.

الثاني: أن يكون الحكم فيهما مقيداً في كفارة، غير مقيد في كفارة أخرى مانعاً من التعبد، فإن المصلحة قد تكون بإيجاب التقييد فيهما، وقد تكون المصلحة في اختلافهما بذلك التقييد، فلو جاز لنا حمل المطلق على المقيد مع عدم جود الصلة بينهما، لجاز لنا إثبات البدل لأحدهما؛ لأن الآخر قد تحقق له البدل.

وأما أهل التحقيق من الشافعية، فقد قالوا بأن موجب الحمل هو القياس الصحيح الذي يقتضي التقييد، كما في تقييد الرقبة بالمؤمنة في آيتي الظهار والقتل.

قال الشيرازي: «وإن لم يعارض المقيد مقيدٌ آخر كالرقبة في كفارة القتل، والرقبة في الظهار، قيدت بالإيمان في القتل بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، وأطلقت في الظهار بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] حمل المطلق على المقيد، فمن أصحابنا من قال: يحمل من جهة اللغة، أي: بمجرد ورود اللفظ من غير حاجة إلى جامع؛ لأن القرآن من فاتحته إلى خاتمته كالكلمة الواحدة، أي: أن بعضه يفسّر بعضاً، فإذا قيدت الرقبة في كفارة القتل بالإيمان قيدت في كفارة الظهار به.

وقال بعضهم: يحمل من جهة القياس ـ أي: قياس المطلق على المقيد بجامع بينهما وهو اتحاد الحكم ـ وهو الأصح.

وقال أصحاب الإمام أبي حنيفة: لا يجوز حمل المطلق على المقيد؛ لأن ذلك زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، وربما قالوا: لأنه حمل منصوص، والدليل على أنه لا يحمل من جهة اللغة، أن اللفظ الوارد فيه التقييد وهو القتل، لا يتناول المطلق وهو الظهار، فلا يجوز أن يحكم فيه بحكمه من غير علة كلفظ البُرّ؛ لما لم يتناول الأرز، لم يجز أن يحكم فيه بحكمه من غير علة، فكذلك هنا، والدليل على أنه يحمل عليه بالقياس هو أن حمل المطلق على المقيد تخصيص عموم بالقياس، فصار كتخصيص سائر العمومات.

وذهب بعض العلماء إلى عدم جواز الحَمْل بالقياس، واستدلوا على فساد ذلك الحمل بحجج تثبت ما ذهبوا إليه، بينما رأى البعض أن موجب الحمل هو العقل، فالعقل عندهم هو الأصل في جواز الحمل، غير أنهم لم يسوقوا حجة تؤكد ما ذهبوا إليه، ولعل هذا الرأي هو أضعف الآراء في هذه القضية.

شُرُوطُ حَمْلِ المُطْلَقِ عَلَى المُقَيَّدِ: لقد اشترط من قال بحمل المطلق على المقيد عدة شروط يجدر بنا أن نذكرها كالآتي:

١ ـ اشترطوا أن تكون الذَّوَات ثابتةً في كل من المطلق والمقيد، وأن يختص المقيد بكونه من باب الصفات حتى يحمل المطلق عليه، أما إذا كان في أحدهما زيادة أو عدد في أصل الحكم، فلا يجوز حمل أحدهما على الآخر، على سبيل المثال إذا أوجب الشارع غسل أربعة أعضاء عند الوضوع مع إيجابه المسح على عضوين عند التيمم، فقد انعقد الإجماع على عدم جواز حمل مطلق التيمم على مقيد الوضوء، فلا يلزم المكلف مسح أربعة أعضاء بدلاً من عضوين؛ حيث إن ذلك يعني إثبات حكم جديد، وإثبات حكم جديد يختص بالذوات دون الصفات، وجواز الحمل إنما يختص بالصفات دون الذوات. =

وجه قوله: أن المطلق في معنى المجمل، والمقيد في معنى المفسر، والمجمل يحمل على المفسر ويصير النصان في معنى كنص المجمل والمفسر؛ ولهذا حمل المطلق على المقيد في باب الشهادة والزكاة وكفارة اليمين حتى شرطت العدالة لوجوب قبولِ الشهادة، والإسامة لوجوب الزكاة، وشرط التتابع في صوم كفارة اليمين؛ كذا ههنا.

ولنا وجهان:

أحدهما: طريق مشايخنا بسمرقند، وهو أن حَمَل المطلق على المقيد ضربُ النصوص

= ومن الذين قالوا بهذا الشرط القفال الشاشي، وأبو حامد الإسفراييني، والماوردي، والروياني، والأبهري من المالكية.

٢ ـ اشترطوا أيضاً أن يكون للمطلق أصل واحد فقط، وعلى سبيل المثال: اشتراط عدالة الشهود في الوصية والرجعة، مع إطلاقها في البيوع وغيرها، فالشهادة شرط في الجميع. أما إذا وقع المطلق بين قيدين متنافيين، فإن اختلف السبب لم يحمل المطلق على أحد القيدين إلا بدليل، فيحمل على ما دل عليه القياس من باب أَوْلَى، أو يحمل على ما قوى دليل حكمه، وممن ذهب إلى هذا الشرط أبو إسحاق الشيرازي، ونقل القاضي عبد الوهاب الاتفاق عليه، ونقضه الزركشي في «البحر».

٣ ـ واشترطوا أن يكون حمل المطلق على المقيد في باب الأمر، أما في باب النهي والنفي فلا يصح الحمل؛ إذ يلزم في النهي والنفي الإخلال باللفظ المطلق، فلو قال الشارع مثلاً: لا تعتق رقبة، ثم قال: لا تعتق رقبة كافرة ولا مؤمنة، لم يجزئه إعتاق واحدة منهما، وقد ذهب إلى هذا الشرط كل من الآمدي وابن الحاجب وهو الأصح، كما اعتبر ابن دقيق العيد هذا الشرط. وجعله شرطاً في بناء العام على الخاص، وذهب صاحب «المحصول» وصاحب «المنهاج» إلى التسوية بين الأمر والنهي، فإذا قال لا تعتق مكاتباً، ثم قال: لا تعتق مكاتباً كافراً ـ حمل الأول على الثاني، ويكون المنهي عنه هو إعتاق المكاتب الكافر، وأما الحمل عند الأصفهاني فإنه لا يقتصر على قسم من الكلام دون سائر الأقسام، بل هو جائز بإطلاق، ولعل الأصح في هذ الباب عدم جواز الحمل في النهي والنفي.

٤ ـ واشترطوا ألا يكون الحمل في باب الإباحة، وقد قال بهذا الشرط ابن دقيق العيد؛ لأنه ليس ثمة تعارض بين الدليلين حينئذٍ.

٥ ـ أن حمل المطلق على المقيد يكون إذا تعذر الجمع بين الدليلين المطلق والمقيد، أو عندما يتعذر العمل بكل منهما في موضعه الذي جاء فيه، أما إذا أمكن الجمع بين الدليلين: المطلق والمقيد، أو العمل بكلٍّ منهما في موضعه، فإن عدم الحمل أولى من الحمل؛ لأن الحمل يقتضي إلغاء العمل بأحد النصين، وإعمال النصين أولى من إهمال أحدهما، وقد قال بهذا الشرط ابن الرفعة.

٦ ـ ألا يرد مع المقيد أمر زائد يبينه الشارع على ما ذكره في المطلق؛ بحيث يقصد بالقيد ذلك الأمر الزائد، ويذكر من أجله، فإذا ذكر المقيد ومعه زيادة مقصودة، فإن الحمل لا يصح؛ لأن ذكر القيد حينئذٍ إنما هو لأجل ذلك الأمر الخاص.

٧ ـ ألا يرد دليل على عدم التقييد، فإن ورد دليل على ذلك فإن الحمل لا يصح، بل يعمل بكل واحد من الدليلين في موضعه الذي ورد فيه، أي يعمل بالمطلق حيثما ورد مطلقاً، ويعمل بالمقيد حيثما ورد مقيداً.

بعضها في بعضٍ، وجعل النصين كنصٍّ واحد مع إمكان العمل بكلٍّ واحد منهما، وهذا لا يجوز بخلاف المجمل؛ لأنه غيرُ ممكنِ العمل بظاهره.

والثاني: طريق مشايخ العراق، وهو أَنَّ حملَ المطلق على المقيد نسخٌ للإطلاق؛ لأن بعد ورود النصِ المقيد لا يجوز العمل بالمطلق، بل ينسخ حكمه، وليس النسخ إلاّ بيان منتهى مدة الحكم الأَول، ولا يجوز نسخ الكتاب بالقياس[١] ولا بخبر الواحد[٢].

---

(١) القياس لا ينسخ ولا ينسخ به، أما كونه ناسخاً فالجمهور على منعه، وقال لا يجوز نسخ شيء من القرآن والسنة بالقياس.
ينظر الإحكام للآمدي (٢/ ١٤٨ ـ ١٤٩) المستصفى للغزالي (١/ ١٢٦) الإبهاج (١/ ٢٥٤) نهاية السول (٢/ ٥٨٩) شرح العضد (٢/ ١٩٩) جمع الجوامع (٢/ ٨١) الآيات (٣/ ١٥٠).

(٢) لا خلاف في جواز نسخ القرآن بالقرآن، والسنة المتواترة بمثلها، والآحاد بالآحاد، والآحاد بالمتواتر، وأما نسخ المتواتر سنة أو قرآناً بالآحاد، فالكلام في الجواز والوقوع.
أما الجواز عقلاً فالأكثرون عليه، وحكاه سليم عن الأشعرية والمعتزلة. ومنهم من نقل فيه الاتفاق، وبه صرح ابن برهان في «الأوسط» فقال: لا يستحيل عقلاً نسخ الكتاب بخبر الواحد بلا خلاف، وإنما الخلاف في جوازه شرعاً. ومنعه الهندي، وظاهر كلام سليم في «التقريب» أن غير الأشعرية والمعتزلة يقولون بمنعه عقلاً، وهو ظاهر ما نقله القاضي في «التقريب» عن الجمهور.
وقال إلكيا: لا يمنع منه، ولا يلتفت إلى من قال: إن خبر الواحد يفيد الظن، وكتاب الله قطعي، فكيف يرفع المقطوع بمظنون؟ فإن هذا شاع مما يلوح في الظاهر، لأن خبر الواحد وإن كان مفضيا إلى الظن، لكن العمل به مستند إلى قاطع، وذلك القاطع أوجب علينا العمل بالظن، ولولاه لما صرنا إلى العمل به. فوجب العمل به مقطوع، والظن وراء ذلك. فعلى هذا ما رفعنا المقطوع بمظنون.
وأما الوقوع، فذهب الجمهور كما قاله ابن برهان وابن الحاجب وغيرهما إلى أنه غير واقع، ونقل ابن السمعاني وسليم في «التقريب» فيه الإجماع، وعبارتهما: لا يجوز بلا خلاف. وهكذا عبارة القاضي أبي الطيب في «شرح الكفاية»، والشيخ أبي إسحاق في «اللمع»، ولم يحكيا خلافاً. وينبغي حمل كلامهم على نفي الوقوع لما ذكرناه، وإن كانت أدلتهم صريحة في نفي الجواز.
وذهب جماعة من أهل الظاهر منهم ابن حزم إلى وقوعه، وهي رواية عن أحمد احتجاجاً بقصة أهل قباء، حكاها ابن عقيل، وألزم الشافعي ذلك أيضاً، فإنه احتج على خبر الواحد بقصة قباء.
وفَصَّل القاضي في «التقريب» والغزالي وأبو الوليد الباجي والقرطبي بين زمان الرسول وما بعده، فقالا بوقوعه في زمانه. وكذا قال إمام الحرمين: أجمع العلماء على أن الثابت قطعاً لا ينسخه مظنون، ولم يتعرض لزمان الرسول. وكأن الفارق أن الأحكام في زمان الرسول في معرض التغير، وفمبا بعده مستقرة، فكان لا قطع في زمانه. ينظر: البحر (٤/ ١٠٨ ـ ١٠٩) وينظر: الرسالة (١٠٦) اللمع (٣٣) التبصرة (٢٦٤) المحصول (١/ ٣/ ٥١٩) العدة (٣/ ٧٨٨) المعتمد (١/ ٤٢٤) المسودة (٢٠١) الروضة (٤٤) شرح الكوكب (٣/ ٥٦٢) جمع الجوامع (٢/ ٧٨) الآيات (٣/ ١٣٩) البرهان (٢/ ١٣٠٧) أصول السرخسي (٢/ ٦٧) المنتهى (١١٨) شرح العضد (٢/ ١٩٥) تيسير التحرير (٣/ ٢٠٣) كشف الأسرار (٣/ ١٧٥) الإبهاج (٢/ ٢٧٠) إرشاد الفحول (١٩١) فواتح الرحموت (٢/ ٧٨).

وقوله: المطلق في معنى المجمل ممنوعٌ، لأن المجمل لا يمكن العمل بظاهره والمطلقُ يمكنُ العمل بظاهره، إذ هو اسم لما يتعرض للذات دون الصفات، فيمكن العمل بإطلاقه من غير الحاجة إلى البيان، فلا ضرورة إلى حمل المطلق على المقيد، وفي الموضع الذي حمل إنما حمل لضرورة عدم الإمكان، وذلك عند اتحاد السبب والحكم لاستحالة ثبوت حكم واحدٍ في زمانٍ واحدٍ مطلقاً ومقيداً، فيخرج على البيان وعلى الناسخ وعلى الاختلاف المعروف بين مشايخنا أَنَّ تقييد المطلق بيان أو نسخ، وعند اختلاف السبب لا ضرورة فلا يحمل، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

وبه تبين أن شرط الإيمان في كفارة القتل ثبت نَصًّا غير معقولِ المعنى، فيقتصر على مورد النص، ويمكن أن يقال أن تحرير رقبة موصوفة بصفة الإيمان في باب القتل ما وجب بطريق التكفير؛ لأن الكفارة كاسمها ستارة للذنوب والمؤاخذات في الآخرة، والله (سبحانه وتعالى) وضع المؤاخذة في الخطأ بدعاء النبي (عليه أشرف التحية): «رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا».

وقال النبيُّ (عليه السلام): «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ والنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»[1] وَإنما وجبت بطريق الشكر لسلامة نفسه في الدنيا عن القصاص وفي الآخرة عن العقاب؛ لأَنَّ حفظَ النَّفسِ عَنِ الوُقُوعِ في الخطأ مقدورٌ في الجُمْلَةِ بالجُهْدِ والجدّ والتّكلفِ، فجعل الله (سبحانه وتعالى) تحرير رقبة موصوفةً بكونها مؤمنةً؛ شكراً لتلك النعمة، والتحرير في اليمين والظهار يجب بطريق التكفير إذا لم يعرف ارتفاع المؤاخذة الثابتة ههنا، فوجب التحرير فيهما تكفيراً فلا يستقيم القياس.

فإن قيل: إذا حنث في يمينه خطأً كان التحرير شكراً على ما قلتم، فينبغي أن يقاس على القتل في إيجاب تحرير رقبة مؤمنة، فالجواب أنه لا يمكن القياس في هذه الصورة أيضاً لما ذكرنا أَنَّ تحرير المؤمن جَعَلَ شكراً لنعمة خاصة، وهي سلامة الحياة في الدنيا مع ارتفاع المؤاخذة في الآخرة.

وفي باب اليمين النعمة هي ارتفاع المؤاخذة في الآخرة فحسب؛ إذ ليس ثمة موجب دنيوي يسقط عنه، فكانت النعمة في باب القتل فوق النعمة في باب اليمين وشكر النعمة يجب على قدر النعمة كالجزاء على قدر الجناية، ولا يعلم مقدار الشكر إلاَّ من علم مقدار النعمة، وهو الله (سبحانه وتعالى) فلا تمكن المقايسة في هذه الصورة أيضاً، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

وأما كفارة الظهار والإفطار والقتل، فأما التحرير فجميعُ ما ذكرنا أنه شرط جوازه في كفارة اليمين، فهو شرط جوازه في كفارة الظهار والإفطار والقتل، وما ليس بشرط الجواز التحرير في كفارة اليمين فليس بشرط لجوازه في تلك الكفارات إلاَّ إيمان الرقبة خاصَّة، فإنه شرط الجواز في كفارة القتل بالإجماع، وكذا كمال العتق قبل المسيس في كفارة الظهار، وهذا تفريع على مذهب أبي حنيفة (رضي الله عنه) خاصة، حتى لو أعتق نصف عبده ثم وطىء ثم أعتق ما بقي، فعليه أن يستقبل عتق الرقبة في قول أبي حنيفة (رحمه الله تعالى)، لأن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة (عليه الرحمة)، فلم يوجد تحرير كامل قبل المسيس فيلزمه الاستقبال.

وأما الصوم: فقدر الصوم في كفارة اليمين ثلاثةُ أيام؛ لقوله (سبحانه وتعالى): ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة:١٩٦] وكذا في كفارة الحلق؛ لحديث كعب بن عجرة(رضي الله عنه) ذكرنا في «كتاب الحج» وفي «القتل»، و«الظهار»، و«الإفطار» صوم شهرين لورود النص به.

وأما شرط جواز هذه الصيامات فلجواز صيام الكفارة شرائط مخصوصة: منها: النية من الليل حتى لا يجوز بنية من النهار بالإجماع؛ لأنه صوم غير عينٍ، فيستدعي وجوب النية من الليل؛ لما ذكرنا في «كتاب الصوم».

ومنها: التتابع في غير موضع الضرورة في صوم كفارة الظهار. والإفطار والقتل بلا خلافٍ؛ لأن التتابع منصوص عليه في هذه الكفارات الثلاثة؛ قال الله (تعالى) في كفارتي القتل والإفطار: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة:٤] وقال النبي ﷺ للأعرابي: «صُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بِخِلَافِ صَوْمِ قَضَاءِ رَمَضَانَ»[١] لأن الله (سبحانه وتعالى) أمر به من غير شرط التتابع بقوله (تبارك وتعالى): ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة:١٨٤].

وأما صوم كفارة اليمين فيشترط فيه التتابع أيضاً عندنا، وعند الشافعي: لا يشترط، بل هو بالخيار إن شاء تابع، وإن شاء فرق، واحتجَّ بظاهر قوله (تعالى): ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة:٨٩] من غير شرط التتابع.

ولنا قراءةُ عبد الله بن مسعود (رضي الله عنهما): «فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ»[٢] وقراءته كانت مشهورة في الصحابة (رضي الله تعالى عنهم) فكانت بمنزلة الخَبر المشهور؛ لقبول الصحابة (رضي الله عنهم) إياها تفسيراً للقرآن العظيم، إن لم يقبلوها في كونها قرآنا فكانت

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) وبها قرأ أُبيّ وعبد الله والنخعي. ينظر البحر المحيط (٤/ ١٤).

مشهورة في حق حكم الصحابة (رضي الله عنهم) إياها في حق وجوب العمل، فكانت بمنزلة الخبر المشهور، والزيادة على الكتاب الكريم بالخبر المشهور جائزةٌ بلا خلافٍ، ويجوز بخبر الواحد؛ وكذا عند بعض مشايخنا على ما عرف في أصول الفقه.

وعلى هذا يخرج ما إذا أفطر في حلال الصوم أنه يستقبل الصوم، سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر؛ لفوت شرط التتابع.

وكذلك لو أفطر يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق، فإنه يستقبل الصيام سواء أفطر في هذه الأيام أو لم يفطر؛ لأَنَّ الصوم في هذه الأيام لا يصلح لإِسقاط ما في ذمته؛ لأن ما في ذمته كامل، والصوم في هذه الأيام ناقص لمجاورة المعصية إياه، والناقص لا ينوب عن الكامل.

ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الإِفطار في رمضان، أو عن كفارة القتل، فحاضت في خلال ذلك، لا يلزمها الاستقبال؛ لأَنها لا تجد صوم شهرين لا تحيض فيهما، فكانت معذورة، وعليها أن تصلي أيام القضاء بعد الحيض بما قبله، حتى لو لم تصلي وأفطرت يوماً بعد الحيض استقبلت، لأَنها تركت التتابع من غير ضرورة، ولو نفست تستقبل لعدم الضرورة؛ لأَنها تجد شهرين لا نفاس فيهما.

ولو كانت في صوم كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك تستقبل؛ لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها، فلا ضرورة إلى سقوط اعتبار الشرط، ولو جامع امرأته التي لم يظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً أو ناسياً، أو أكل بالنهار ناسياً ـ لا يستقبل؛ لأَن الصوم لم يفسد، فلم يفت شرط التتابع.

ومنها: عدم المسيس في الشهرين في صوم كفارة الظهار، سواء فسد الصوم أو لا، في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: الشرطُ عدم فساد الصوم، حتى لو جامع امرأته التي ظاهر منها بالليل عامداً أو ناسياً، أو بالنهار ناسياً استقبل عندهما، وعند أبي يوسف: يمضي على صومه، وبه أخذ الشافعي.

وجه قول أبي يوسف: أَن هذا الجماع لا ينقطع به التتابع؛ لأنه لا يفسد الصوم، فلا يجب الاستقبال كما لو جامع امرأة أخرى ثم ظاهر منها، والصحيح قولنا؛ لأن المأمور به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما بقوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] فإذا جامع في خلالهما فلم يأت بالمأمور به؛ ولو جامعها بالنهار عامداً استقبل بالاتفاق.

أما عندهما فلوجود المسيس، وأما عنده فلانقطاع التتابع لوجود فساد الصوم.

وأما وجوب كفارة الحلق فصاحبه بالخيار، إن شاء فرق لإطلاق قوله (تبارك وتعالى): ﴿فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦] من غير فصل.

وأما الإطعام في كفارتي الظهار والإفطار، فالكلام في جوازه صفة وقدراً ومحلاً كالكلام في كفارة اليمين، وقد ذكرناه، وعدم المسيس في خلال الإطعام في كفارة الظهار ليس بشرط حتى لو جامع في خلال الإطعام لا يلزمه الاستئناف؛ لأن الله (تبارك وتعالى) لم يشترط ذلك في هذه الكفارة؛ لقوله (سبحانه وتعالى): ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة:٤] من غير شرط ترك المسيس إلاَّ أنه منع من الوطء قبله لجواز أَنْ يقدر على الصوم أو الاعتكاف، فتنتقل الكفارة إليهما فيتبين أَنَّ الوطء كان حراماً على ما ذكرنا في «كتاب الظهار».

والكلام في الإطعام في كفارة الحلق كالكلام في كفارة اليمين إلاَّ في عدد من يطعم وهم ستة مساكين؛ لحديث كعب بن عجرة (رضي الله عنه)، فأما في الصفة والقدر والمحل فلا يختلفان، حتى يجوز فيه التمليك والتمكين، وهذا قول أبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز فيها إلاَّ التمليك؛ كذا حكى الشيخ القدوري (رحمه الله) الخلاف، وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» (رحمه الله) قول أبي حنيفة مع أبي يوسف.

وجه قول محمد (رحمه الله) أن جواز التمكين في طعام كفارة اليمين لورود النص بلفظ الإطعام، إذ هو في عرف اللغة اسم لتقديم الطعام على وجه الإباحة، والنصُّ ورد ههنا بلفظ الصدقة، وإنها تقتضي التمليك؛ لكنه معلل بدفع الحاجة، والتصدق تمليك فأشبه الزكاة والعشر.

ولهما أن النصَّ وإن ورد بلفظ الصدقة وأَنها تقتضي التمليك، لكنه معلل بدفع الحاجة، وذا يحصل بالتمكين فوق ما يحصل بالتمليك على ما بينا، ولهذا جاز دفع القيمة، وإن فسرت الصدقة بثلاثة أصوع في حديث كعب بن عجرة (رضي الله عنه).

ولو وجب عليه كفارة يمين، فلم يجد ما يعتق، ولا ما يكسو، ولا ما يطعم عشرة مساكين، وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم، فأراد أن يصوم ستة مساكين عن صيام ثلاثة أيام ـ لم يجز إلاَّ أن يطعم عشرة مساكين؛ لأن الصوم بدلٌ، والبدلُ لا يكون له بدل، فإذا عجز عن البدل تأخر وجوب الأصل، وهو أحد الأشياء الثلاثة إلى وقت القدرة.

وإن كان عليه كفارة القتل أو الظهار أو الإفطار ولم يجد ما يعتق وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم، ولا يجد ما يطعم في كفارة الظهار. والإفطار ـ يتأخر الوجوب إلى أن يقدرَ على الإعتاق في كفارة القتلِ، وعلى الإعتاق أو الإطعام في كفارة الظهار والإفطار؛ لأَن إيجاب الفعل على العاجز محالٌ، والله أعلم.

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ[1]

الكلامُ في هذا الكتاب في مواضع: في بيان أسماء الأشربة المعروفة المُسْكِرة، وفي بيان معانيها؛ وفي بيان أحكامها، وفي بيان حد السكر.

أما أسماؤها: فالخمر، والسَّكَرُ، والفَضِيخُ، ونقيعُ الزبيب، والطِّلاء، والباذق، والمُنَصَّفُ، والمُثَلَّثُ، والجُمْهُورِيُّ، وقد يسمى أَبُو سَقيا، والخَلِيطَانِ، والمِزْر، والجِعَةُ، والبِتْعُ.

أما بيان معاني هذه الأسماء: أما الخمر. فهو اسم للنَّيءِ من ماءِ العنبِ إذا غَلاَ واشتدَّ وقذف بالزبد؛ وهذا عند أبي حنيفة (عليه الرحمة).

وعند أبي يوسف ومحمدٍ (عليهما الرحمة) ماء العنب إذا غلا واشتدَّ فقد صار خمراً وترتب عليه أحكام الخمر، قَذَفَ بالزبد أو لم يقذ به[2].

---

(١) «الأشربة» جمع شراب بمعنى مشروب وهو في اللغة اسم لكل مشروط من المائعات، ولكن غلب في لسان الفقهاء على الشراب المحرم.

(٢) لفظ الخمر في الأصل مصدر خمر الشيء يخمره، إذ غطاه وستره، سمي الخِمار خماراً؛ لأنه يغطي رأس المرأة، والخمر ما واراك من شجر وغيره من وهدةٍ واكمة، والخامر هو الذي يكتم شهادته، ويقال: خمرت رأس الإناء غطيته، ويقال للضبع: «خامري أم عامر» أي: استتري، ومنه يقال: «هو يمشي لك الخمر» أي مستخفياً كما قال العجاج: [الرجز]

فِي لاَمِعِ الْعُقَبَانِ لاَ يَأْتِي الْخَمْرْ ... يُوَجِّهُ الأَرْض وَيَسْتَاقُ الشَّجَرْ

ومعنى قوله: «لا يأتي الخمر»: لا يأتي مستخفياً، ولا مسارقة، ولكن ظاهراً برايات وجيوش، والعقبان جمع عقاب وهي الرايات.

ويقال لما خامر العقل من داء وسكر: فخالطه وغمره خمر، ومنه قول كثير عزة: [الطويل]

هَنِيئاً مَرِيئاً غَيْرَ دَاءٍ مخَامِرِ

ويطلق على الشراب المخصوص لوجوه:

قال أبو بكر بن الأنباري: سميت الخمر خمراً، لأنها تخامر العقل أي تخالطه، ومنه قولهم: خامره الداء أي خالطه، وأنشد لكثير عزة «هنيئاً مريئاً غير داء مخامر» أي: مخالط، وقيل: لأنها تخمر العقل: أي =

....

= تستره. ومنه الحديث: «خَمِّرُوا آنِيَتَكُمْ»، ومنه خمار المرأة؛ لأنه يستر رأسها، وهذا أخصّ من الأول؛ لأنه لا يلزم من المخالطة التغطية.

وقيل: سميت خمراً؛ لأنها تغطي حتى تغلي، ومنه حديث المختار بن فلفل، قلت لأنس: الخمر من العنب أو من غيرها؟ قال: [خامرت من ذلك فهو الخمر] أخرجه ابن أبي شيبة بسند صحيح.

وقيل: لأنها تخمر حتى تدرك، كما يقال خمرت العجين فتخمر، أي: تركته حتى أدرك، ومنه: خمرت الرأي أي: تركته حتى ظهر وتحرر.

وعلى هذه الأقوال كلها تكون الخمر في الأصل مصدراً، وأريد بها اسم الفاعل، كما في الأولين، أو اسم المفعول، كما في الآخرين، ولا مانع من صحة هذه الأقوال كلها؛ لأن في الخمر هذه الصفات العديدة، وهي المخالطة. والتغطية، والترك إلى الإدراك.

ولذا قال ابن عبد البر: الأوجه كلها موجودة في الخمر؛ لأنها خمرت وتركت حتى أدركت وسكنت، فإذا شربت خالطت العقل حتى تغلب عليه وتغطيه.

واللغة الفصحى تذكير لفظ الخمر وتأنيث معناه، يقال: الخمر حرمها الله وأثبت أبو حاتم السجستاني، وابن قتيبة وغيرهما جواز التذكير معنى، فيقال: الخمر حرمه الله وقال الأصمعي: الخمر انثى، وأنكر التذكير، ويجوز دخول الهاء عليها، فيقال لها: الخمر أثبته فيها جماعة من أئمة اللغة، منهم الجوهري.

وقال ابن مالك في «المثلث»: الخمرة هي الخمر.

ويقال للقطعة منها: خمرة، كما يقال كنا في لحمة ونبيذة وعسلة، أي: في قطعة من كل شيء منها.

ويجمع الخمر على الخمور مثل: تمر وتمور.

للخمر أسماء كثيرة ذكر منها صاحب التلويح ما يناهز، أسماؤها التسعين اسماً، وذكر ابن المعتز مائة وعشرين اسماً. وذكر ابن دحية مائة وتسعين اسماً، ومن أشهرها: العقار، الشموس، الخندريس، الحميا، الصهباء، المدام، الشمول، وغير ذلك.

جمع أهل اللغة على أن إطلاق اسم الخمر على الشيء المسكر من عصير العنب حقيقي، واختلفوا في إطلاقه على الأنبذة المسكرة، فذهب أكثر علماء اللغة، إلى أن إطلاق اسم الخمر على كل شراب مسكر حقيقي، سواء أكان متخذاً من ثمرات النخيل، والأعناب، أم من غيرهما، وسواء أكان نيئاً أم مطبوخاً.

وممن صرح بذلك من أئمة اللغة: الجوهري وأبو حنيفة الدينوري وأبو نصر القشيري، والمجد صاحب القاموس وهاك نص عبارة القاموس الخمر ما أسكر من عصير العنب، أو عام كالخمرة، وقد يذكر والعموم أصح؛ لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب، وما كان شرابهم إلى البسر والتمر.

والفصل كنصر وضرب، وفي تاج العروس عند قول صاحب القاموس والعموم أصحّ على ما هو عند الجمهور؛ لأن الخمر حرمت، وما بالمدينة المشرفة التي نزل التحريم فيها خمر عنب، بل وما كان شرابهم إلاّ من البسر والتمر والبلح والرطب، كما في الأحاديث الصحيحة التي أخرجها البخاري وغيره، كحديث ابن عمر: «حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء»، وحديث أنس «وما شرابهم يومئذٍ إلا الفضيح البسر والتمر» أي: ونزل تحريم الخمر التي كانت موجودة من هذه الأشياء لا في خمر العنب خاصة.

وقال أبو البقاء: في الكليات: كل شراب مغط للعقل، سواء كان عصيراً أو نقيعاً، مطبوخاً كان أو نيئاً، فهو خمر. =

....

= وفي نيل الأرب في مثلثات العرب: [الرجز]

كُلّ شَرَابٍ مُسْكِرٍ فَالْخَمْرَةُ هَيْئَةُ الاخْتِمَارِ تُدْعَى خَمْرَةُ

ومما يفيد العموم من كلام العرب قول عبيد بن الأبرص في مثل له [المتقارب]

هِيَ الْخَمْرُ بِالْهَزْلِ تُكْنَى الطِّلاَءَ كَمَا الذِّئْبُ يُكْنَى أبَا جَعْدَةُ

والطلاء اسم لنوع من عصير العنب اختص بالمطبوخ.

وقال الحكمي: [الوافر]

لَنَا خَمْرٌ وَلَيْسَتْ خَمْرُ كَرمٍ وَلَكِنْ مِنْ نِتَاجِ الْبَاسِقَاتِ

كِرَامٌ فِي السَّمَاءِ ذَهَبْنَ طُولاً وَفَاتَ ثِمَارُهَا أَيْدِي الْجُنَاةِ

ومما يفيد العموم أيضاً الاشتقاق، فإن أهل اللغة قالوا: إن أصل معنى لفظ الخمر، الستر والتغطية. سمي الخمار خماراً؛ لأنه يغطي رأس المرأة والخامر هو الذي يكتم شهادته، والخمر: ما واراك من شجر وغيره، قال ابن الأنباري؛ سميت الخمر خمراً؛ لأنها تخامر العقل إلى آخر ما تقدم عنه.

وإذا اشتق من اللفظ بأي معنى من معانيه، فهو موجود في النبيذ، كوجوده في الخمر، فوجب أن يشترك معه في الاسم، ولذلك قالوا لمن بقيت فيه نشوة السكر مخمور، اشتقاقاً من اسم الخمر، سواء أكان سكره من نبيذ أم من خمر من غير فرق، ولو افترقا في الاسم لافترقا في الصفة، فقيل له في نشوة النبيذ: منبوذ، كما قيل له في نشوة الخمر: مخمور، فهذه الاشتقاقات وحدها من أقوى الأدلة على العموم، وكأنها سميت خمراً تسمية باسم المصدر؛ للمبالغة، كما سميت سكراً تسمية باسم المصدر، كالرشد والرشد مبالغة؛ لأنها تسكر العقل. أي: تحجز نوره من الوصول إلى الأعضاء «والسكر مصدر سكر من الشراب من باب طرب، وسكر النهر سده من باب نصر».

لا يقال هذا من إثبات اللغة بالقياس، وهو غير جائز؛ لأنا نقول: ليس هذا من إثبات اللغة بالقياس، وإنما هو من تعيين المسمى بواسطة الاشتقاق، ولهذا نظير، فقد قال الحنفية: أن مسمى النكاح هو الوطء، وأثبتوه بالاشتقاق. وذهب فريق آخر من أهل اللغة إلى أن إطلاق اسم الخمر على الشيء المسكر من عصير العنب حقيقي، وإطلاقه على ما سواه من سائر الأنبذة المسكرة مجازي.

كما قال في لسان العرب: «الخمر ما أسكر من عصير العنب، لأنها خامرت العقل، والتخمير التغطية، يقال: خمر وجهه، وخمر إناءك، والمخامرة المخالطة. وقال الدينوري: قد تكون الخمر من الحبوب، فجعل الخمر من الحبوب. قال ابن سيده: وأظنه تسمّحا؛ لأن حقيقة الخمر إنما هي العنب دون سائر الأشياء، وفي المغرب: الخمر هي النيء من ماء العنب، إذا غلي، واشتد وقذف بالزبد».

ومما يفيد الخصوص من كلام العرب قول أبي الأسود الدؤلي: [الطويل]

دَعِ الْخَمْرَ تَشْرَبهَا الْغُوَاةِ فَإِنَّنِي رَأَيْتُ أَخَاهَا مُغْنِياً بِمَكَانِهَا

فَإِنْ لَمْ تَكُنْهُ أَوْ يَكُنْهَا فَإِنَّهُ أَخُوهَا غَذَتْهُ أُمُّهُ بِلِبَانِهَا

أخبر أبو الأسود: أن النبيذ أخٌ للخمر، وأخو الشيء غيره، وهو من فصحاء العرب المحتج بقوله في اللغة.

ها هي ذي النقول عن أهل اللغة، ويظهر منها: أن الأرجح في مسمّى الخمر العموم لغة، كما صرح بذلك صاحب القاموس بقوله: «والعموم أصح»، وقد غلط ابن سيده في اقتصاره على قول صاحب =

....

= العين: الخمر عصير العنب إذا أسكر ولعلّ سبب ذلك، أن خمر العنب كانت كثيرة في زمن تدوين اللغة، فظن بعضهم أن الإطلاق ينصرف إليها فقط حقيقة؛ لكثرتها وشهرتها وجودتها، وقد يستأنس لهذا بنقل الصحيحين والمسانيد والسنن بيان معنى الخمر عن الرسول ﷺ وأصحابه، وهم من أهل اللسان.

والذي أراه: أن هذا المبحث لغوي المحكم فيه ثبوت طريق من طرق إثبات اللغة الثلاثة: التواتر، والآحاد، والعقل، المبني على النقل، فإن أثبت واحد منها العموم أو الخصوص لمسمى الخمر عمل به، وإلاّ فالتحاكم في إثبات الأحكام الشرعية للخمر إلى ما اعتبره الشارع في مسمى الخمر من العموم أو الخصوص بالدليل.

الخمر عند الفقهاء: تبع اختلاف أهل اللغة في حقيقة الخمر اختلاف الفقهاء فيها: فذهب جمهور الفقهاء إلى ما ذهب إليه الأكثر من أهل اللغة من القول بالعموم.

وذهب الحنفية إلى ما ذهب إليه الفريق الآخر من أهل اللغة من القول بالخصوص. وقد دعم كل فريق من الفقهاء ما ذهب إليه من العموم، أو الخصوص اللغوي بأدلة غير ما تقدم ترجح ما ذهب إليه. استدل الجمهور بالسنة والأثر وكلام أهل اللغة:

أما السنة فمنها ما يأتي:

الأول: ما رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والنسائي عن أبي كثير قال: سمعت أبا هريرة رضي الله عنه يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة». واللفظ لمسلم.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن الشراب المشتد المتخذ من ثمرات الشجرتين يسمى خمراً، وليست الخمر خاصة بالنيء من عصير العنب.

الثاني: ما رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ «إن من الحنطة خمراً، ومن الشعير خمراً، ومن الزبيب خمراً، ومن العسل خمراً».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن الخمر تتخذ من شراب المذكورات وليست خاصة بما يتخذ من ثمرات النخيل والأعناب.

ثالثاً: ما رواه مسلم وأحمد والدارقطني عن أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر خمر».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن كل شراب مسكر يسمى خمراً، ولو سماه بذلك أحد الناس من أهل اللغة لكان مستدلاً بقوله على إثبات الاسم له، فإذا سماه صاحب الشرع ﷺ به وهو أفصح العرب كان أولى. وأما الأثر فمنه ما روى البخاري عن أنس رضي الله عنه قال: «كنت أسقي أبا عبيدة وأبا طلحة وأبي بن كعب من فضيخ زهو وتمر فجاءهم آت فقال إن الخمر قد حرمت، فقال أبو طلحة: قم يا أنس فهرقها فهرقتها.

وما رواه البخاري عنه أيضاً قال إني لأسقي أبا طلحة وأبا دجانة، وسهيل ابن بيضاء خليط بسر وتمر إذ حرمت الخمر فقذفتها وأنا ساقيهم وأصغرهم وأنا نعدها يومئذٍ الخمر.

وجه الدلالة: أن هؤلاء الصحابة أخبروا أن أكثر خمرهم حين نزول آية التحريم كان من غير عصير العنب المسكر وأنهم فهموا ابتداء من تحريم الخمر تحريم هذه الأشربة فتركوا شربها وأراقوها فدل ذلك على أن =

....

= الخمر اسم جنس عام لغة لكل شراب مسكر وألاّ لتوقفوا: في الحكم حتى يستفصلوا، بل لكان لهم أن يشربوها بدون توقف حتى يأتي نصب يخص النبيذ بالتحريم لأن التحريم ورد على اسم الخمر وهو خاص بنيء عصير العنب المسكر، فيكون ما سواه على الإباحة، فلما لم يفعلوا شيئاً من ذلك وتبادر إلى ذهنهم فهم العموم بدون قرينة كان ذلك دليلاً واضحاً على العموم، لأن التبادرَ أمارة الحقيقة ومن الأثر ما روى البخاري عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب خطب على منبر رسول الله ﷺ فقال: «إنه قد نزل تحريم الخمر وهي من خمسة أشياء: العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل، والخمر ما خامر العقل».
وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب الناس على منبر رسول الله ﷺ وبيّن لهم أن نزول آية تحريم الخمر صادف اتخاذ الخمر عند العرب وغيرهم من هذه المواد الخمسة، فكان التحريم منصبّاً عليها ابتداء لوجودها، وليس الحكم قاصراً عليها بل يشمل كل شراب مسكر من أي مادة أخرى أمكن أن يتخذ منها شراب مسكر ولذلك قال: «والخمر ما خامر العقل» ليعتبر الناس ذلك قاعدة عامة يعرفون بها مورد التحريم من المواد الأخرى التي ستحدث ويمكن أن يتخذ منها شراب مسكر.
قال القرطبي بعد أن ساق ما تقدم عن أنس: هذا الحديث في نزول الآية فيه دليل واضح على أن نبيذ التمر إذا أسكر فهو خمر، وهو نص لا يجوز الاعتراض عليه، لأن الصحابة هم أهل اللسان وقد عقلوا أن شرابهم ذلك خمر إذ لم يكن لهم شراب ذلك الوقت بالمدينة غيره، وقد قال الحكمي:

لنا خمر وليست خمر كرم ولكن من نتاج الباسقات
كرام في السماء ذهبن طولا وفات ثمارها أيدي الجناة

ومن الدليل الواضح على ذلك ما رواه النسائي قال: أخبرنا القاسم بن زكريا قال: أخبرنا عبيد الله بن شيبان عن الأعمش عن محارب بن دثار عن جابر عن النبي ﷺ قال: «الزبيب والتمر هو الخمر» وثبت بالنقل الصحيح أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وحسبك به عالماً باللسان والشرع خطب على منبر النبي ﷺ فقال: «أيها الناس ألا إنه قد نزل تحريم الخمر يوم نزل وهي من خمسة: من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير، والخمر ما خامر العقل» وهذا بين ما يكون في معنى الخمر يخطب به عمر بالمدينة على المنبر بحضرة جماعة الصحابة وهم أهل اللسان ولم يفهموا من الخمر إلا ما ذكرناه وإذا ثبت هذا بطل مذهب أبي حنيفة والكوفيين القائلين بأن الخمر لا تكون إلا من العنب وما كان من غيره لا يسمى خمراً ولا يتناوله اسم الخمر، وإنما يسمى نبيذاً، وقال الشاعر:

تركت النبيذ لأهل النبيذ وصرت حليفاً لمن عابه
شراب يدنس عرض الفتى ويفتح للشر أبوابه»

وأما كلام العرب فما تقدم من المنقول عن أهل اللغة من أن الأصح في اسم الخمر العموم لكل شراب مسكر كما صرح بذلك صاحب القاموس بقوله: «والعموم أصح» ورد على الجمهور في الحديث الأول أنا لا نسلم أن بيان لعموم الاسم، وإنما المقصود منه بيان الحكم لأن النبي عليه الصلاة والسلام لا يعلمنا الأسماء وإنما يعلمنا الأحكام.
وأجاب الجمهور بأنا نمنع أن الرسول لا يعلمنا إلا الأحكام وإنما يعلمنا الأحكام ويعلمنا الأسماء إذا توقعت عليها الأحكام لا سيما إذا كانت الأسماء مما اختلف أهل اللغة فيما وضعت من عموم أو خصوص. وأما الأحكام فلا يعلمها للأمة أحد سواه. والحديث ظاهر في التسمية لا في بيان الحكم ولا =

....

= حاجة إلى أخذ الحكم منه لتوفر نصوص السنة الصحيحة الصريحة في تحريم قليل كل شراب يسكر كثيره، ولو سلمنا أن النبي عليه السلام لا يعلمنا الأسماء لقلنا إن النبيذ اسم لنوع خاص من الخمر في اللغة، واسم الخمر أعم كما قال عبيد بن الأبرص هي الخمر تكنى الطلاء: كما الذئب يكنى أبا جعدة والطلاء اسم لنوع من مطبوخ عصير العنب.

وورد عليهم في الحديث الثاني أن هذه الأشربة المسكرة المتخذة من هذه المواد تسمى خمراً مجازاً عند اسكارها. وأجاب الجمهور بأن المتبادر منها الحقيقة ولا يعدل عنها إلا لقرينة ولا قرينة هنا. فإن قيل القرينة تخصيص اسم الخمر بالنيء المسكر من عصير العنب لغة، قلنا إن النقل عن أهل اللغة قد اختلف كما سبق فلم يصلح ما ذكر قرينة لصرف اللفظ عن المتبادر منه عند الاطلاق والتبادر أمارة الحقيقة ولذلك فهم الصحابة من تحريم الخمر تحريم كل شراب مسكر بادى الرأي، ولم يتوقفوا ولم يستفصلوا ولم يقولوا حتى ننظر، وأن الخمر ما كان من العصير المشتد، وأما غيره فلا يحرم حتى يأتي نص يخصه بالتحريم لأنه ليس خمراً، فإن قالوا القرينة تخصيصه به شرعاً، قلنا غير مسلم فإن نصوص السنة والآثار ظاهرة في التعميم وهو محل النزاع.

وورد عليهم في الحديث الثالث أنه لا يدل على العموم لعدم صحته فإن يحيى بن معين طعن فيه، ويحيى إمام حافظ متقن فطعنه يوجب جرحاً، قال الإمام أحمد كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث.

وأجاب الجمهور عن هذا بعدة وجوه، منها ما يأتي:

الأول: أنا لا نسلم طعن يحيى في الحديث كما قال الزيلعي في نصب الراية قال صاحب الهداية، وهذا الحديث طعن فيه يحيى بن معين قال الزيلعي وهذا الكلام لم أجده في شيء من كتب الحديث.

الثاني: أنا لو سلمنا طعن يحيى في الحديث لكان طعنه لا يؤثر فيه بعد أن رواه الثقة.

الثالث: أن طعن يحيى لا يقبل في الحديث الذي رواه الثقة حتى يبين وجه الطعن ولم يبين.

الرابع: أن الأخذ به والعمل عليه قد سبق يحيى فلم يكن حدوث طعنه متوتراً.

فإن قيل إن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر لعله من قبيل التشبيه البليغ أي كل مسكر كالخمر في الحكم وحذف مثل ذلك مسموع شائع في لسان العرب على حد قولهم محمد بحر وعلى أسد، قلنا الجواب ما ذكره ابن العربي بقوله: الأصل عدم التقدير ولا يصار إليه إلا لحاجة ولا حاجة هنا، فإن قيل احتجنا إلى التقدير لأن النبي عليه السلام لم يبعث لبيان الأسماء، قلنا: إن بيان الأسماء من مقدمات الأحكام لمن لا يعلمها لا سيما إذا كان مدلول الاسم مختلفاً فيه عند أهل اللغة فيبين النبي ﷺ المراد منه ليرفع اللبس ويزيل الخلاف وقد قدمنا أن بعض أهل اللغة قصروا اسم الخمر حقيقة على التي من نيء عصير العنب المسكر فخشية أن يفهم بعض الصحابة أو غيرهم الخصوص من الخمر بين الرسول عليه السلام بهذا الحديث وغيره أن القول بالخصوص غير مراد في نظر الشرع وإنما القول بالعموم هو المقصود.

وورد على الجمهور في الأثر أن الأشربة المسكرة المتخذة من غير عصير العنب المشتد تسمى خمراً مجازاً إذا كانت مسكرة والجواب عن ذلك ما تقدم في الحديث الثاني، ويزاد هنا أن في بعض تلك العبارات ما يأبى أن يكون مجازاً، كقول عمر بن الخطاب نزل تحريم الخمر وهي من خمسة: من العنب =

....

= والتمر الخ، فهل يمكن أن يقال نزل تحريم خمر العنب وهي من خمسة أشياء، أم يمكن أن يقال نزل تحريم ما يشبه خمر العنب وهي من خمسة أشياء؟ ألا إن هذا لا يقوله أحد يفهم أساليب اللغة، اللهم إلا إذا كان من قبيل الجمع بين الحقيقة والمجاز، والحنفية لا يقولون به ولا معارضة بين الآثار كما سيأتي.
استدل الحنفية بالأثر والمعقول والإجماع اللغوي.
أما الأثر فما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء».
وجه الدلالة: أن ابن عمر أخبر أن الخمر حين حرمت لم يكن بالمدينة منها شيء، وقد كانت انبذة التمر موجودة بكثرة فيها حين نزول آية التحريم ومع ذلك فقد نفى عن الأنبذة اسم الخمر. فدل ذلك على أنها لا تسمى خمراً إذ لو كانت تسمى به ما ساغ له نفيه عنها ومراده بالخمر وبالضمير في منها النيء من عصير العنب المشتد.
وأمّا المعقول فمن وجهين ذكرهما صاحب الهداية.
الأول: قالوا إن حرمة النيء من عصير العنب المسكر قطعية للإجماع عليها، وحرمة غيره ظنية فلا يسمى ما حرمته ظنية باسم ما حرمته قطعية.
الثاني: قالوا إن غير العصير المذكور إنما يسمى خمراً لتخمره وصيرورته براً كالخمر، لا لمخامرته العقل فتسميته خمراً مجاز وأما الإجماع اللغوي فقال صاحب الهداية: ولنا إجماع أهل اللغة على أنه اسم خاص فيما ذكرنا، ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره».
ناقش الجمهور أدلة الحنفية بما يأتي:
أما أثر ابن عمر فلا يدل على الخصوص لوجوه:
الأول: يجوز أن يكون ابن عمر أراد بقوله: «وما بالمدينة منها شيء» أي وما بالمدينة من بعض أنواعها شيء، ونفى وجود شيء من بعض الأنواع لا يقتضي نفي جميع الأنواع، ويشهد لهذا ما روى الإمام أحمد عن ابن عمر عن النبي ﷺ «من الحنطة خمر ومن الشعير خمر ومن التمر خمر ومن الزبيب خمر ومن العسل خمر» وما رواه مسلم عنه النبي ﷺ: «كل مسكر خمر» فدل ذلك على فساد نسبة التفرقة إلى ابن عمر.
الثاني: يجوز أن يكون ابن عمر قاله رداً على من زعم أن اسم الخمر خاص بعصير العنب المسكر فبين له أن مدلول الاسم عام لكل شراب مسكر، لأن نزول آية التحريم صادف اتخاذ الخمر من غير عصير العنب، ومع ذلك فهم الصحابة من تحريم الخمر تحريم هذه الأنبذة ابتداء فتركوها وأتلفوها ولولا وضع الاسم للعموم لغة لما فعلوا شيئاً من ذلك ولكان لهم أن يتوقفوا أو يشربوا حتى يأتي نص يخص النبيذ بالتحريم وبهذا تكون دلالة الأثر على العموم أرجح منها على الخصوص.
الثالث: أن تسمية ابن عمر للعصير المشتد من نيء العنب خمراً لا تمنع من تسمية غيره خمراً من الأنبذة المسكرة، وقد روى البخاري عن أنس قال إني لأسقي أبا طلحة وأبا دجانة وسهيل ابن بيضاء خليط بسر وتمر إذ حرمت الخمر فقذفتها وأنا ساقيهم وأصغرهم وأنا نعدها يومئذٍ الخمر».
فهذا أنس رضي الله عنه يصرح بأن المتخذ من خليط البسر والتمر إذا كان مشتداً خمر وهذا لا احتمال فيه بخلاف أثر ابن عمر السابق، فوجب الأخذ بما دل عليه أثر أنس بحضرة جمع من الصحابة ولم يعلم له مخالف وقد ترجح ذلك بخطبة عمر بن الخطاب رضي الله عنه على منبر رسول الله ﷺ في ملأ من كبار الصحابة وغيرهم وهم من أهل اللسان حيث قال: «إنه نزل تحريم الخمر وهي من خمسة أشياء العنب =

....

= والتمر والحنطة والشعير والعسل والخمر ما خامر العقل» ولم يعلم له مخالف فكان كالإجماع على العموم.

وأما المعقول الأول فهو لا ينهض على إثبات التفرقة لأن القطيعة والظنية في التحريم لا تستلزم ذلك لما تقرر أن اختلاف مشتركين في حكم في الغلظ فيه لا يلزم منه افتراقهما في التسمية، ألا ترى أن الزنا مثلاً يصدق على من وطىء أجنبية نائية الدار، وعلى من وطىء حليلة جاره، والثاني أغلظ من الأول؛ وعلى من وطىء محرماً له وهو أغلظ منهما. واسم الزنا مع ذلك شامل للثلاثة كذلك قطيعة التحريم في عصير العنب المسكر وظنيته فيما سواه لا تمنع من تسميته خمراً، على أن الأحكام الفرعية لا يشترط في إثباتها الأدلة القطعية.

وكذا المعقول الثاني، لأنه معارض بثبوت النقل عن أعلم الناس بلسان العرب وهو عمر بن الخطاب حيث قال: «والخمر ما خامر العقل» فقد أثبت ما نفاه صاحب الهداية وكيف يستجيز صاحب الهداية لنفسه أن يقول لا لمخامرة العقل مع قول ابن الخطاب رضي الله عنه في محضر من كبار الصحابة وهم من أهل اللسان وبلغتهم نزل القرآن والخمر ما خامر العقل» ولم يخلفه أحد. وكأن مستند صاحب الهداية في ذلك ما ادعاه من الإجماع اللغوي الذي لم يسلم له كما ـ سيأتي ـ ومن أجل ذلك حمل قول عمر على المجاز.

على أن أهل اللغة قد اختلفوا في وجه التسمية كما سبق عن ابن الأنباري، وبعد هذا ما يسوغ لنا أن نقدم قول صاحب الهداية على قول أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه.

وأما الإجماع اللغوي فقد سبق ما يقتضي رده لغة من النقل عن أشهر أئمة اللغة ولذا قال بعض المنصفين من الحنفية وهو صاحب التكملة لمانع أن يمنع إطباق أهل اللغة على انه اسم خاص للنيء من ماء العنب إذا صار مسكراً، ألا ترى أنه قال في قاموس اللغة: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام، وقال والعموم أصح، لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب، وما كان شرابهم إلا البسر والتمر وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره، وأن العموم أصح عند صاحب القاموس.

هذا، وقد جعل الطحاوي أحاديث الجمهور وآثارهم الدالة على أن الخمر عام معارضة بما روي عن ابن عمر: «حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء» الدال على أن الخمر خاص حيث قال: «لما اختلفت الصحابة في ذلك ووجدنا اتفاق الأمة على أن العصير المشتد من العنب خمر، وأن مستحله كافر، دل على أنهم لم يعملوا بحديث أبي هريرة وغيره إذ لو عملوا به لكفروا مستحل نبيذ التمر ولكنهم لم يكفروه فثبت أنه لم يدخل في اسم الخمر غير المتخذ من عصير العنب المشتد».

وأجاب الجمهور بأن لا تعارض بين الأحاديث والآثار والجمع بينها ممكن بما يأتي وذلك بأن يحمل حديث أبي هريرة على أن أغلب الخمر وأنفسه عند أهله ما كان متخذاً من الشجرتين ولذا خصّا بالذكر، على حد قولهم: المال الأبل أي أكثره وأنفعه، والحج عرفة أي معظمه، وليس المراد انحصار الخمر في المتخذ منهما بدليل الأحاديث الصحيحة والآثار الدالة على اتخاذ الخمر من غيرهما كحديث النعمان وحديث ابن عمر عند الإمام أحمد، وأثر أبيه عند البخاري، فغاية الأمر أن مفهوم الخمر المدلول عليه باللام معارض بالمنطوقات الصحيحة الصريحة وهي أرجح بلا خلاف، وبأن يحمل حديث النعمان وابن عمر عند الإمام أحمد وأثر عمر على إرادة استيعاب ذكر الأصناف التي عهد أن يتخذ الخمر منها في عهد =

....

= النبي عليه السلام وأصحابه، وأما قول ابن عمر «وما بالمدينة منها شيء» فقد قدمنا أنه يحتمل أن يريد به وما بالمدينة من بعض أنواعها شيء، أو أنه قاله رداً على من زعم الخصوص، وتسميته المسكر من عصير العنب خمراً لا تمنع من تسمية غيره به، لا سيما مع ما روي عن ابن عمر عن النبي ﷺ «كل مسكر خمر» وما روي عن النبي أيضاً: «من الحنطة خمر ومن التمر خمر ومن الشعير خمر ومن الزبيب خمر ومن العسل خمر» وإذاً فلا تعارض بين الأحاديث والآثار، وهذا أولى من حمل بعضها على الحقيقة وبعضها على المجاز بدون دليل، على أن في بعض الآثار ما يأبى أن يكون مجازاً كقول عمر بن الخطاب: «نزل تحريم الخمر وهي من خمسة» الخ فهل يمكن أن يقال نزل تحريم ما يشبه الخمر وهي من خمسة من العنب والتمر الخ اللهم إلا أن يكون من قبيل الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ما لا يجيزه الحنفية.

ولا يلزم من كونهم لم يكفروا مستحل النبيذ أن يمنعوا تسميته خمراً، لأن الشيئين قد يشتركان في التسمية، ويفترقان في بعض الأوصاف ألا ترى أنه يكفر باستحلال الذنوب الكبائر المجمع عليها، ولا يكفر باستحلال الكبائر غير المجمع عليها وإن اشتركا في تسمية كل منهما كبيرة، كذلك الخمر والنبيذ لا يمنع افتراقهما في التكفير استواءهما في التسمية.

لا يقال إن ما في هذه الأحاديث والآثار بيان للاسم الشرعي لا اللغوي. لأنا نقول: ليست الخمر من هذا القبيل لأنها ليست اسماً لعمل شرعي لم يكن معروفاً قبل مجيء الشرع، فلما جاء الشرع أطلق عليه كلمة من اللغة تتناوله بطريق المجاز اللغوي، بل اسم الخمر اسم لنوع خاص من الشراب امتاز عن سائر الأشربة بالإسكار، وهذه التسمية معروفة عند العرب قبل نزول ما نزل من آيات تحريم الخمر، ألا ترى أن آية البقرة نزلت جواباً عن سؤال سأله عمر ومعاذ أو غيرهما عن الخمر التي تذهب العقل وتسلب المال، ولم يقل أحد من مفسري السلف والخلف ولا خطر على بال أحد منهم أنهم سألوا الرسول عليه السلام عن خمر عصير العنب خاصة وأنها هي المقصودة بالجواب أن فيها إثماً كبيراً ومنافع للناس، وإن غيرها ألحق بها في التحريم بطريق القياس أو بتفسير النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه للخمر الشرعية، وقد ذكر في أسباب النزول كما سيأتي أنه لم يشق عليهم تحريم شيء كما شق عليهم تحريم الخمر، وأن بعضهم كان يود لو وجد مخرجاً من عموم تحريم الخمر بآية المائدة كما وجد المخرج من قبل عند نزول آية البقرة التي ذمت الخمر ونفرت من تعاطيها بزيادة إثمها على نفعها مع تصريح القرآن بتحريم الإثم ﴿قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم﴾، ومن أجل ذلك تركها بعضهم وتفصي منه آخرون بتخصيص الإثم بما كان ضرراً محضاً لا منفعة فيه، والنص قد أثبت أن في الخمر منافع فلما نزل التحريم القاطع بآية المائدة فهم الصحابة من تحريم الخمر تحريم كل شراب مسكر من أي مادة أخرى ولذلك بادروا إلى تركها وأسرعوا إلى إتلافها، وقال بعضهم لبعض: «حرمت الخمر وجعلت عدلاً للشرك». على أننا لو سلمنا أنه بيان للاسم الشرعي لا اللغوي لما أفاد الحنفية بشيء، لأنهم لا يقولون إن المسكر من غير عصير العنب المشتد يسمى خمراً شرعاً وأنه مندرج في عموم آية التحريم والأحاديث الصحيحة في تحريم قليل ما يسكر كثيره من أي مادة وأنه تجري عليه بقية أحكام الخمر وإنما قصروا الاسم على ما كان من عصير العنب المشتد وأثبتوا له الأحكام التي ورد بها الشرع، وأما غيره فلهم فيه تفصيلات تعلم من المباحث الآتية إن شاء الله تعالى. =

وجه قولهما أن الركن فيهما معنى الإِسكار، وذا يحصل بدون القذف بالزبد.

وجه قول أبي حنيفة (رحمه الله) أن معنى الإِسكار لا يتكامل إلا بالقذف بالزبد، فلا يصير خمراً بدونه.

وأما السُّكَرُ: فهو، اسم للنيء من ماءِ الرطبِ إذا غلا واشتدَّ وقَذَفَ بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف.

وأما الفَضيخُ: فهو اسم للنيءِ من ماء البُسْرِ المنضوخ، وهو المدقوق إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لا؛ على الاختلاف.

= وبعد عرض أدلة الطرفين ومناقشتها لا يسع الباحث المنصف إلا أن يرجح ما رجحه جهابذة اللغة وأساطينها من القول بالعموم لغة، كما صرح بذلك صاحب القاموس بقوله: «والعموم أصح» ولهذا تبادر فهمه إلى ذهن الصحابة حين أمرهم الله باجتناب الخمر فاجتنبوا الفضيخ الذي كان عندهم من البسر والتمر وأتلفوه فلو لم يكن الفضيخ خمراً لغة ونادى المنادي حرمت الخمر لما بادروا إلى تركه وإراقته بل لصح لهم أن يقولوا نشربه لأنه مباح، لأن التحريم للخمر، وهذا ليس بخمر لأنها اسم للنيء من عصير العنب المسكر فحسب فيكون ما عداه مباحاً حتى يرد نص يخصه بالتحريم كما ورد النص بتحريم الخمر، فلما لم يفعلوا شيئاً من ذلك وفهموا التحريم نصاً لكل شراب مسكر ابتداء من تحريم الخمر دل ذلك على عموم الاسم لغة، وهذا من أقوى الأدلة على إثبات العموم اللغوي، لأن الصحابة من أهل اللسان وبلغتهم نزل القرآن وقد قال أنس فيما تقدم: «وأنا لنعدها يومئذٍ الخمر» وقال عمر: «الخمر ما خامر العقل».

لا يقال هذا من إثبات الاسم بالقياس، لأنا نقول ذلك إثبات اللغة عن أهلها فإن الصحابة عرب فصحاء فهموا من الشرع ما فهموه من اللغة، ومن اللغة ما فهموه من الشرع ولذا جنح صاحب الهداية من الحنفية إلى رأي الجمهور من طرف خفي حيث قال: «لا لمخامرة العقل، على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه، فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر».

قال الزيلعي في نصب الراية: «ومعنى هذا الكلام أنه من باب الغلبة فهو وإن كان اسماً لكل مسكر مخامر للعقل فقد غلب على التي من ماء العنب، ويؤيد ما قاله المصنف ما أخرجه البخاري في صحيحه عن نافع عن ابن عمر قال: لقد حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء، قال ابن الجوزي في التحقيق: وقول ابن عمر حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء يعني به ماء العنب فإنه مشهور باسم الخمر ولا يمنع هذا أن يسمي غيره خمراً، وهذه مصادمة، وقدمنا عن صاحب التكملة في صدد الكلام على الإجماع اللغوي قوله: «المانع أن يمنع إطباق أهل اللغة إلى آخره».

لهذا كان الحق القول بالعموم لغة. ينظر: أحكام الخمور لشيخنا حسين المطاوي، فتح الباري (١٠/٣٨) تفسير الطبري (٢/٢٠٨)، نيل الأوطار (٧/١١٦، ١١٧)، الهداية (٨/ ١٥٢) المبسوط: (٢٤/١٥)، نصب الراية (٤/ ٢٩٥).

وأما نقيعُ الزبيب: فهو اسم للنيء من ماء الزبيب المنقوع في الماءِ حتى خرجت حلاوتُهُ إليه واشتدَّ وقذف بالزبد أو لا؛ على الخلاف.

وأما الطِّلاءُ: فهو اسمٌ للمطبوخ من ماء العنب إذا ذَهَبَ أقل من الثلثين وصار مسكراً، ويدخل تحت الباذق والمنصف؛ لأن الباذق هو المطبوخ أدنى طبخة من ماء العنب، والمنصف: هو المطبوخ من ماء العنب إذا ذهب نصفه وبقي النصف.

وقيل الطِّلاءُ: هو المثلث، وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي معتقاً وصار مُسْكِراً.

وأما الجُمْهُورِيُّ: فهو المثلث يصب الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الذاهب وهو الثلثان، ثم يطبخ أدنى طبخة ويصير مسكراً.

وأما الخليطان: فهما التمر والزبيب، أو البسر والرطب، إذا خُلِطَا ونبذا حتى غَلَيَا واشتدَّا.

وأما المِزْرُ: فهو اسم لنبيذ الذرة إذا صار مسكراً.

وأما الجعةُ: فهو اسم لنبيذِ الحنطةِ والشعيرِ إذا صار مسكراً.

وأما البِتْعُ: فهو اسم لنبيذ العسل إذا صار مسكراً.

هذا بيان معاني هذه الأسماء.

وأما بيان أحكام هذه الأشربة: أما الخمر فيتعلق بها أحكام:

منها: أنه يحرم شرب قليلها وكثيرها إِلاَّ عند الضرورة؛ لأنها محرمة العين، فيستوفي في الحرمة قليلها وكثيرها[1].

---

(١) تعاطي الخمر عند الاختيار محرم على المكلف العالم بها وبتحريمها ويدل على ذلك الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسَرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ وجه الدلالة أن الله تعالى سمى تعاطي الخمر رجساً والرجس ما كان محرماً، وبين أن ذلك الرجس من عمل الشيطان، وعمل الشيطان كله شر قبيح مغضب للرحمن، ثم أمر باجتنابها والبعد عنها، والأمر للوجوب وبين الحكمة في النهي عنها، وهي أن تعاطيها يوقع في العداوة والبغضاء، ويصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة، وهذه محرمة فما أدى إليها يكون محرماً؛ لأن مقدمة الحرام حرام. =

....

= وقد عرض المفسرون إلى بيان الأوجه الدالة على التحريم من الآيتين الكريمتين، وهي كثيرة نذكر منها ما يأتي:
الأول: أن الجملة صدرت بإنما الدالة على الحصر، للمبالغة في ذمها؛ حتى كأن الله تعالى قال: ليست الخمر وما عطف عليها إلا رجساً، فلا خير فيها ألبتة.
الثاني: أن الله قرن الخمر والميسر بعبادة الأوثان، ومنه قول الرسول ﷺ: «شارب الخمر كعابد وثن».
الثالث: أن الله جعلها رجساً من عمل الشيطان، وكلمة الرجس تدل على منتهى القبح والخبث؛ ولذلك أطلقت على الأوثان، ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ﴾، فهي أسوأ مفهوماً من كلمة الخبيث، وقد علم من عدة آيات من القرآن، أن الله أحل الطيبات، وحرم الخبائث، وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام: «الخمر أُمُّ الخبائث» رواه الطبراني في الأوسط من حديث عبد الله بن عمرو.
الرابع: أنه جعلها من عمل الشيطان، لما ينشأ عنها من الشرور والآثام، وهل يكون عمل الشيطان إلا مغضباً للرحمن.
الخامس: أنه أمر بالكف عنها عن مادة الاجتناب، وهو أبلغ من الترك؛ لأنه يفيد الأمر بالترك مع البعد عن المتروك بأن يكون التارك في جانب بعيد عن جانب المتروك؛ ولذلك ترى القرآن الكريم لم يعبر بالاجتناب إلا عن ترك الشرك والطاغوت الذي يشمل الشرك والأوثان، وسائر مصادر الطغيان، وكبائر الإثم، وقول الزور الذي هو من أكبرها، قال تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ وقال: ﴿وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ أَنْ يَعْبُدُوهَا﴾، وقال: ﴿الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ﴾.
السادس: أنه جعل اجتنابها مهيئاً للفلاح، فدل على أن تعاطيها من الخسران.
السابع والثامن: أنه جعلهما مثاراً للعداوة والبغضاء، وهما شر المفاسد الدنيوية المتعدية إلى أنواع المعاصي في الأنفس والأعراض والأموال.
التاسع والعاشر: أنه جعلهما صادين عن ذكر الله، وعن الصلاة، وهما روح الدين وعماده، وزاد المؤمن وعتاده.
الحادي عشر: أنه أمر بتركهما بصيغة الاستفهام، وهو أبلغ من الأمر المجرد، وإنما حسن هذا المجاز؛ لأن الله تعالى لما ذَمَّ هذه الأفعال، وأظهر قبحها للمخاطب، ثم استفهم بعد ذلك عن تركها ـ لم يقدر المخاطب إلا على الإقرار، فكأنه قيل له: أتفعله بعدما قد ظهر من قبحه ما ظهر، فصار قول الله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ جارياً مجرى تنصيص الله على وجوب الانتهاء، مقروناً بإقرار المكلف بوجوب الانتهاء مع ما فيه من التهديد.
أسباب النزول: قال الواحدي: نزلت في عمر بن الخطاب، ومعاذ بن جبل، ونفر من الأنصار أتوا رسول الله ﷺ فقالوا: أفتنا في الخمر والميسر، فإنهما مذهبة للعقل ومسلبة للمال، فأنزل الله آية البقرة: ﴿يَسْتَلُونَكَ عَنِ الخَمْرِ وَالمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ فقال قوم: ما حرّم علينا، فكانوا يشربون الخمر إلى أن صنع عبد الرحمن بن عوف طعاماً، ودعا أناساً من الصحابة، وأتاهم بخمر، فشربوا وسكروا، وحضرت صلاة المغرب فقدموا علياً (كرم الله وجهه) فقرأ: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ لاَ أَعْبُدُو مَا تَعْبُدُونَ﴾ بحذف لا، فأنزل الله قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾، فقل من شربها. ثم اتخذ عتبان بن مالك صنيعاً، ودعا رجالاً من المسلمين فيهم سعد بن أبي وقاص، وكان قد شوى رأس بعير، فأكلوا منه، وشربوا الخمر حتى أخذت =

....

= منهم، ثم إنهم افتخروا عند ذلك، وتناشدوا الأشعار، فأنشد سعد ما فيه هجاء للأنصار وفخر لقومه، فأخذ رجل لحى البعير، فضرب به رأس سعد، فجشه موضحة، فانطلق سعد إلى رسول الله ﷺ وشكا إليه الأنصار فقال: «اللَّهُمَّ بَيِّنْ لَنَا رَأْيَكَ فِي الْخَمْرِ بَيَاناً شَافِياً، فأنزل الله قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ. . . . .﴾ الآيتين».

وروى أبو داود الطيالسي عن ابن عمر قال: نزلت في الخمر ثلاث آيات، فأول شيء: ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسَرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ فقيل: حرمت الخمر، فقالوا: يا رسول الله، دعنا ننتفع بها كما قال الله تعالى، قال: فسكت عنهم، ثم نزلت هذه الآية: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ فقيل: حرمت الخمر، فقالوا: يا رسول الله، إنا لا نشربها قرب الصلاة، فسكت عنهم، ثم نزلت: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ. . . . .﴾ الآيتين، فقال الرسول ﷺ: «حرمت الخمر».

وروى الإمام أحمد عن أبي هريرة قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة، وهم يشربون الخمر، ويأكلون الميسر، فسألوا رسول الله ﷺ عنهما، فأنزل الله: ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسَرِ. . . . .﴾ الآية، فقال بعض الناس: ما حرم علينا إنما قال: ﴿فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾، فكانوا يشربون الخمر حتى كان يوم من الأيام، صلى رجل من المهاجرين أمّ أصحابه في صلاة المغرب فخلط في قراءته، فأنزل الله آية أغلظ منها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى. . . . .﴾ الآية، فكان الناس يشربون، حتى يأتي أحدهم الصلاة وهو مفيق، ثم أنزل الله آية أغلظ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ. . . . .﴾ الآيتين، فقالوا: انتهينا انتهينا، وقال ناس من المتكلفين: يا رسول الله، ناس قتلوا يوم بدر، وأحد، وهم يقاتلون في سبيل الله، وكانوا يشربون الخمر، ويأكلون الميسر، وقد جعله الله رجساً من عمل الشيطان، فأنزل الله تعالى قوله: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا. . . . .﴾ الآية فقال النبي ﷺ: «لو حرم عليهم لتركوه كما تركتم».

وروى مسلم عن سعد بن أبي وقاص، أنه قال: نزلت فيّ آيات من القرآن، وفيه قال: أتيت على نفر من الأنصار، فقالوا: تعال نطعمك ونسقيك خمراً، وذلك قبل أن تحرم الخمر، قال: فأتيتهم في حُشّن «وهو البستان»، فإذا رأس جزور مشوي عندهم، وزق من خمر، قال: فأكلت وشربت معهم، قال: فذكرت الأنصار والمهاجرين عندهم، فقلت: المهاجرون خير من الأنصار، قال: فأخذ رجل لحى جمل فضربني به، فجرح بأنفي، وفي رواية: فغزره، وكان أنف سعد مفزوراً، فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته، فأنزل الله فيّ ـ يعني نفسه ـ شأن الخمر: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ. . . . . .﴾ الآيتين.

وروى النسائي، والبيهقي بسند صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: نزل تحريم الخمر في قبيلتين من الأنصار شربوا، فلما ثمل القوم عبث بعضهم ببعض، فلما صحوا جعل الرجل يرى في وجهه ورأسه الأثر، فيقول: صنع بي هذا أخي فلان، وكانوا إخوة ليس في قلوبهم ضغائن، فيقول: والله لو كان بي رحيماً ما صنع بي هذا حتى وقعت في قلوبهم الضغائن، فأنزل الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ. . . . . .﴾ الآيتين، قال: فقال ناس من المتكلفين: هي رجس، وهي في بطن فلان، وقد قتل يوم أحد، فأنزل الله: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا. . . .﴾ الآية.

وأخرج الطبراني، وابن مردويه، وصححه الحاكم من طريق طلحة بن مصرف، عن سعيد بن جبير، عن =

....

= ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما نزل تحريم الخمر، مشى أصحاب رسول الله بعضهم إلى بعض، فقالوا: أحرمت الخمر، وجعلت عدلاً للشرك قيل: يشير إلى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ......﴾ الآيتين، فإن الأنصاب والأزلام من عمل الشيطان، بسبب تزيينه، فنسب العمل إليه.

هذا موجز من أسباب نزول آيات تحريم الخمر، ومنه نتبين أن بعض الصحابة فهم من آية «البقرة» تحريم الخمر عند نزولها فتركها، وبعضهم فهم عدم التحريم؛ لما فيها من المنافع، والمحرم لا نضع فيه؛ لذلك طلب هذا البعض من الرسول ﷺ أن يتركهم يشربونها، فقالوا للرسول عليه السلام: دعنا ننتفع بها، كما قال الله تعالى، فسكت عنهم، ولما نزل في آية النساء: ﴿لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ﴾ فهم الجميع منها تحريم السكر قبيل الدخول في الصلاة، ولذلك قالوا للرسول ﷺ: لا نشربها قرب الصلاة، فسكت عنهم وكان يأمر مناديه إذا أذن للصلاة أن ينادي «لاَ يَقْرَبَنَّ الصَّلاَةَ سَكْرَانٌ»، ولما نزل قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ......﴾ الآيتين، فهم الجميع منهما التحريم القاطع في جميع الأوقات؛ ولذلك قال الرسول عليه الصلاة والسلام عند ذلك: «حُرمت الخمر». ومشى أصحابه بعضهم إلى بعض، وقالوا: حرمت الخمر، وجعلت عدلاً للشرك.

هذا وذهب فريق من المفسرين إلى أن تحريم الخمر كان بآية «البقرة»: ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسَرِ﴾، وما جاء بعدها كان من قبيل التوكيد، واستدل بأوجه منها ما يأتي:

الأول: قال إن الآية دلت على اشتمال الخمر على الإثم: ﴿قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾، والإثم قد يراد به العقاب، وقد يراد به ما هو سبب العقاب، وأياً ما كان فلا يوصف به إلا المحرم. قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ﴾.

الثاني: قال: إن الله تعالى صرح برجحان الإثم على المنفعة: ﴿وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرَ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ وذلك يوجب التحريم؛ لأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة، سيما إذا كانت المفسدة راجحة.

وذهب فريق آخر من المفسِّرين إلى أن الآية لا تدلُّ على التحريم، واستدل بأوجه منها ما يأتي:

الأول: قال: إن الله تعالى أثبت فيهما منافع: ﴿وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾ والمحرم لا نفع فيه.

الثاني: قال: لو دلت الآية على التحريم تصنع بها الصحابة، فلما لم يقنعوا حتى نزلت آية «المائدة»، دل ذلك على أنها لم تفد التحريم.

وفي تفسير ابن كثير، والبغوي هذه الآية ممهدة لتحريم الخمر على البتات، ولم تكن مصرحة بل معرضة، ولهذا قال عمر لما قرئت عليه: «اللَّهُمَّ بَيِّن لَنَا في الخمر بياناً شافياً»، فلما نزلت آية «المائدة» قال: «انتهينا انتهينا».

وفي تفسير القرطبي: ﴿قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾ إثم الخمر ما يصدر عن الشَّارب من المخاصمة والمشاتمة وقول الفواحش والزور، وزوال العقل الذي يعرف به ما يجب لخالقه، وتعطيل الصلوات، والتعويق عن ذكر الله ومنافعها ربح التجارة، فإنهم كانوا يجلبونها من الشام برخص، فيبيعونها في الحجاز بربح، وكانوا لا يرون المماكسة فيها، فيشتري طالب الخمر الخمر بالثمن الغالي، هذا أصح ما قيل في منفعتها. وقد قيل في منافعها: إنها تهضم الطعام، وتقوي الضعف، وتعين على الباءة.

وقال قوم من أهل النظر: حرمت الخمر بهذه الآية؛ لأن الله تعالى قد قال: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ﴾، فأخبر في هذه الآية أن فيها إثماً فهو حرام، قال ابن عطية: ليس هذا =

....

= بجيدٍ؛ لأن الإثم الذي فيها هو الحرام، لا هي بعينها، على ما يقتضيه هذا النظر، قلت: وقال بعضهم: في هذه الآية ما دل على تحريم الخمر؛ لأنه سماه إثماً، وقد حرم الإثم في آية أخرى، وهو قوله عز وجل: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ.....﴾ الآية.
وقال بعضهم: الإثم أراد به الخمر بدليل قول الشاعر:

شربت الإثم حتى ضل عقلي   كذاك الإثم يذهب بالعقول

قلت: وهذا أيضاً ليس بجيد، لأن الله تعالى لم يسم الخمر إثماً في هذه الآية، وإنما قال: ﴿فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾، ولم يقل: «هما إثم كبير» وقد قال قتادة: إنما في هذه الآية ذم الخمر، فأما التحريم فيعلم بآية أخرى وهي آيةُ المائدة، وعلى هذا أكثر المفسِّرين.
وقال الطبري: ﴿وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ إثم شرب الخمر، ولعب القمار، أكبرُ مضرة من النفع الذي يتناولونه بهما، وإنما كان ذلك كذلك؛ لأنهم كانوا إذا شربوا وسكروا وثب بعضهم على بعض، وقاتل بعضهم بعضاً، وإذا ياسروا كذلك، ونزلت هذه الآية في الخمر قبل أن يصرح بتحريمها، فأضاف الإثم إليهما، وإنما الإثم بسببهما؛ إذ كان عن سببهما يحدث.
وقال عدد من أهل التأويل: إثمهما بعد التحريم أكبر من نفعهما قبل التحريم، روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه وإنما اخترنا ما قلنا في ذلك من التأويل، لتواتر الأخبار وتضافرها بأن هذه الآية نزلت قبل تحريم الخمر والميسر، فكان معلوماً بذلك أن الإثم الذي ذكره الله تعالى في الآية، فأضافه إليهما إنما عنى به الإثم الذي يحدث عن سببهما على ما وصفنا لا الإثم بعد التحريم، ثم روي عن سعيد بن جبير قال: لما نزلت: ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ.....﴾ الآية كرهها قوم لقوله: ﴿إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾، وشربها قوم، لقوله: ﴿وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾، حتى نزلت: ﴿لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ﴾.
وقال الألوسي: والحق أن آية «البقرة» ليست نصاً في التحريم كما قال قتادة، إذ لقائل أن يقول: الإثم بمعنى المفسدة، وليس رجحان المفسدة مقتضياً لتحريم الفعل بل لرجحانه، ومن هنا شربها كبارُ الصحابة رضي الله عنهم بعد نزولها، وقالوا: إنما نشرب ما ينفعنا، ولم يمتنعوا عنها، حتى نزلت آية المائدة؛ فهي المحرمة. وفي تفسير «المنار»: ذهب بعض المفسرين إلى أن الخمر حرمت بآية «البقرة» وما أتى بعدها فهو من قبيل التوكيد؛ لأن لفظ الإثم يفيد التحريم، قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ.....﴾ الآية. ولكن الجمهور ذهبوا إلى أن تحريم الخمر كان تدريجياً ووجه الأستاذ الإمام بأنه المنقول والمعهود في حكمة التشريع. وقال: إن الإثم الضرر الخالص، وتحريم الضرر الخالص لا يقتضي تحريم ما فيه مضرة من جهة، ومنفعة من جهة أخرى؛ لذلك كانت هذه الآية موضعاً لاجتهاد الصحابة فترك لها الخمر بعضهم؛ وأصرّ على شربها آخرون، كأنهم رأوا أنه يتيسر لهم أن ينتفعوا بها مع اجتناب ضررها، فكان ذلك تمهيد للقطع بتحريمها، ولو فوجئوا بالتحريم مع ولوع الكثيرين بها، واعتقادهم منفعتها ـ لخشي عليهم أن يخلصوا، ويستثقلوا التكليف، فكان من حكمة الله أن رباهم على الاقتناع بأسرار التشريع وفوائده، ليأخذوه بقوة وعقل.
والذي يظهر أن آية «البقرة» دلت على التنفير من تعاطي الخمر، بزيادة ضررها على نفعها، فتركها بعض من لم تتمكن فتنتها من نفسه، وشربها آخرون لنفعها، وهؤلاء سألوا الرسول عليه الصلاة والسلام أن يتركهم على شربها، فسكت عنهم حتى نزلت آية «المائدة»، ولو كانت الآية دالة على تحريم الخمر ما سكت الرسول عليه السلام على شربهم لها؛ لأنه لا يسكت على فعل حرام، ومن أجلْ ذلك شربها كبارُ =

....

= الصحابة؛ كعبد الرحمن بن عوف وعلي بن أبي طالب، وسعد بن أبي وقاص، وغيرهم، كما دل على ذلك سبب النزول.

ومما يدل على ذلك ما رواه عبد بن حميد، وابن جرير عن الربيع قال: لما نزلت آية «البقرة» قال رسول الله ﷺ: «إن ربكم يقدم في تحريم الخمر» ثم نزلت آية «النساء» فقال الرسول: «إن ربكم يقرب في تحريم الخمر»، ثم نزلت آية «المائدة» فحرمت الخمر عند ذلك وقال الرسول ﷺ: «حُرمت الخمرُ».

وما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيها الناس إن الله يبغض الخمر، ولعل الله سينزل فيها أمراً، فمن كان عنده منها شيء فليبعه، ولينتفع به، قال: فما لبينا إلا يسيراً حتى قال رسول الله ﷺ: إن الله حرم الخمر فمن أدركته هذه الآية، وعنده منها شيء، فلا يشرب، ولا يبع، قال: فاستقبل الناس بما كان عندهم منها طرق المدينة فسفكوها».

وهذا الرأي يحقق الحكمة في التدرج؛ إذ أنها كانت مباحة إما بالأصل، وإما بالشرع، ثم نفر من شربها بهذه الآية، ثم حرم السكر قطعاً في الأوقات القريبة من القيام إلى الصلاة بآية «النساء»: ﴿لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ﴾ وبقيت فيما عدا هذه الأوقات على التنفير المستفاد من آية البقرة، حتى نزلت آية المائدة، ففهم الجميع منها التحريم القاطع في كل الأوقات نصاً؛ ولذلك قال الرسول عليه السلام: «حُرمت الخمر» عند ذلك، ومشى الصحابة بعضهم إلى بعض، وقالوا: حرمت الخمر، وجعلت عدلاً للشرك.

وأما القول بأن الآية دلت على التحريم، وما جاء بعدها كان من قبيل التوكيد، فيفوت الحكمة في التدرج، ولو ذهبنا إلى أن الآية دلت على التحريم الظني لمن عقل التحريم منها ـ لكانت حكمة التدرج أيضاً بالنسبة لمن عقل التحريم وغيره، على طريقة المخطئة القائلين بأن الحق واحد، ولو تمشينا على رأي المصوبة القائلين بأن الحق يتعدد لما تأت الحكمة المقصودة من التدرج إلا بالنسبة لمن لم يعقل التحريم منها بل عقل التنفير.

هذا ـ واتفق الكل على أن آية «النساء»: ﴿لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ.....﴾ الآية دالة على تحريم السكر في أوقات قرب الصلاة؛ ولذا كان يأمر الرسول عليه السلام مناديه إذا أذن للصلاة أن يقول: «لا يقربن الصلاة سَكْرَانٌ»، وقال الصحابة للرسول: لا نشربها قرب الصلاة، فسكت عنهم.

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما يأتي: من:

الأول: ما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من شرب الخمر في الدنيا، ثم لم يتب منها حرمها في الآخرة».

الثاني: ما رواه البخاري أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن».

الثالث: ما رواه مسلم عن أبي سعيد رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيها الناس إن الله يبغض الخمر، ولعل الله سينزل فيها أمراً، فمن كان عنده منها شيء، فليبعه ولينتفع به، قال: فما لبثنا إلا يسيراً حتى قال النبي ﷺ: إن الله حرم الخمر، فمن أدركته هذه الآية وعنده منها شيء فلا يشرب ولا يبع، قال: فاستقبل الناس بما كان عندهم منها طرق المدينة فسفكوها».

الرابع: ما رواه مسلم وأحمد والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان للنبي ﷺ صديق من =

....

= ثقيف أو دوْس فلقيه عام الفتح براحلة أو راوية من خمر يهديها إليه فقال الرسول ﷺ: يا فلان أما علمت أن الله حرمها، فأقبل الرجل على غلامه فقال: اذهب فبعها فقال الرسول ﷺ: إن الذي حرم شربها حرم بيعها فأمر بها فأفرغت في البطحاء».

الخامس: ما رواه الحميدي في مسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً كان يهدي لرسول الله ﷺ راوية خمر فأهداها إليه عاماً وقد حرمت، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: إنها قد حرمت، فقال الرجل: أفلا أبيعها، فقال إن الذي حرم شربها حرم بيعها، قال: أفلا أكارم بها اليهود، قال: إن الذي حرمها حرم أن يكارم بها اليهود، قال: فكيف أصنع بها؟ قال: شنها على البطحاء».

السادس: ما رواه ابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مدمن الخمر كعابد وثن».

السابع: ما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن شراب يشربونه بأرضهم من الذرة يقال له المِزْر، قال أمسكر هو؟ قال: نعم، فقال النبي ﷺ: «كل مسكر حرام، إن على الله عهداً لمن يشرب المسكر أن يسقيه من طينة الخبال، قالوا: يا رسول الله وما طنية الخبال؟ قال عرق أهل النار أو عصارة أهل النار».

الثامن: ما رواه الشيخان وأحمد عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: يا رسول الله أفتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن البِتْع ـ وهو من العسل ينبذ حتى يشتد ـ والمِزر ـ وهو من الذرة والشعير ينبذ حتى يشتد، قال: وكان رسول الله ﷺ قد أعطي جوامع الكلم بخواتمه فقال: «كل مسكر حرام».

التاسع: ما رواه الترمذي وحسنه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام».

العاشر: ما رواه أهل السنن من وجوه: أن النبي ﷺ قال: «ما أسكر كثيره فقليله حرام».

الحادي عشر: ما رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه، زاد ابن ماجه وآكل ثمنها.

وجه الدلالة: أن هذه الأحاديث، وغيرها ـ قد بلغت مبلغ التواتر ـ صرّح النبي عليه الصلاة والسلام فيها بتحريم الخمر، وتحريم كل مسكر: قليله وكثيره، من أي مادة اتخذ، وحذر من شربها، ومن التصدق فيها بأي نوع من أنواع التصرف، ولو بالإهداء إلى اليهود، وتوعد من فعل شيئاً من ذلك باستحقاق لعنة الله، والطرد من رحمته، وإنه جدير بأن يسقي في الآخرة من صديد أهل النار أو عرقهم، مع عبدة الأوثان، وأن يحرم من شربها إلا أن يتوب في الدنيا، فإن الله يتوب عليه، ويمتعه بها في الآخرة.

وأما الإجماع فقد نقله غير واحد من أئمة الإسلام، وما حكي عن قدامة بن مظعون، وعمرو بن معد يكرب، وأبي جندل بن سهيل، أنهم قالوا: هي حلال؛ لقول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا. . . .﴾ الآية. فقد بيَّن لهم فقهاء الصحابة، وعلى رأسهم عمر بن الخطاب رضي الله عنهم معنى هذه الآية، وأقاموا عليهم الحد في شربها، فرجعوا عن ذلك، وانعقد الإجماع على تحريمها منذ عصر الصحابة، فمن استحلَّها الآن فقد كذب النبي ﷺ؛ لأنه قد علم ضرورة من النقل تحريمه فيكفر بذلك، ويستتاب فإن تاب وإلا قتل.

وفي تفسير القرطبي عن قول الله تعالى: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح﴾ الآية ـ قد تأول هذه الآية قدامة بن مظعون الجُمحي من الصحابة، وهو ممن هاجر إلى أرض الحبشة مع أخويه =

....

= عثمان وعبد الله، ثم هاجر إلى المدينة وشهد بدراً وعمر، وكان ختن عمر بن الخطاب خال عبد الله وحفصة ولاه عمر بن الخطاب على البحرين، ثم عزله بشهادة الجارود «سيد عبد القيس» عليه بشرب الخمر: روى الدارقطني قال: حدثنا أبو الحسن علي بن محمد المصري قال: حدثنا يحيى بن أيوب العلاّف، قال حدثني سعيد بن عُفير، قال: حدثني يحيى بن فليح بن سليمان قال: حدثني ثور بن زيد عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أن الشراب كانوا يضربون في عهد رسول الله ﷺ بالأيدي والنعال والعِصِيّ حتى توفي رسول الله فكانوا في خلافة أبي بكر أكثر منهم في عهد الرسول عليه السلام فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفي، ثم كان عمر من بعده يجلدهم كذلك أربعين حتى أتى رجل من المهاجرين الأولين وقد شرب فأمر به إن يجلد فقال، لم تجلدني؟ بيني وبينك كتاب الله، فقال عمر: وأي كتاب الله تجد ألا أجلدك؟ فقال له: إن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ الآية، فإن من الذين آمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا، شهدت مع رسول الله ﷺ بدراً وأحداً والخندق والمشاهد، فقال عمر ألا تردون عليه ما يقول؟ فقال ابن عباس رضي الله عنه إن هؤلاء الآيات أنزلن عذراً لمن غبر وحجة على الناس، لأن الله تعالى يقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر﴾ الآية، ثم قرأ حتى أنفذ الآية الأخرى: ﴿فإن كان من الذين آمنوا وعملوا الصالحات﴾ الآية فإن الله قد نها أن يشرب الخمر، فقال عمر: صدقت، ماذا ترون؟ فقال علي رضي الله عنه: إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون جلدة فأمر به عمر فجلد ثمانين جلدة.
وروى الخلال بإسناده عن محارب بن دثار أن أناساً من أهل الشام شربوا الخمر فقال لهم يزيد بن أبي سفيان شربتم الخمر؟ قالوا: نعم بقول الله تعالى: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ الآية، فكتب فيهم إلى عمر بن الخطاب فكتب إليه «إن أتاك كتابي هذا نهاراً فلا تنتظر بهم إلى الليل، وإن أتاك ليلاً فلا تنتظر بهم نهاراً حتى تبعث بهم إليّ لئلا يفتنوا عباد الله» فبعث بهم إلى عمر فشاور فيهم الناس، فقال لعلي ما ترى؟ فقال: أرى أنهم قد شرعوا في دين الله ما لم يأذن الله فيه، فإن زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله، وإن زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله وقد أخبرنا الله عز وجل بحد ما يفتري بعضنا على بعض فحدهم عمر ثمانين ثمانين.
إذا ثبت هذا فالمجمع على تحريمه عصير العنب إذا اشتد وقذف زبده وما عداه من الأشربة المسكرة فهو محرم.
شبهة ورد ذهب بعض الفسّاق إلى أن آيات المائدة لا تدل على تحريم الخمر، لأن الله تعالى: ﴿فاجتنبوه﴾ ولم يقل حرمته فاتركوه، وقال: ﴿فهل أنتم منتهون﴾ ولم يقل فانتهوا وقال بعض غلاتهم: سألنا هل أنتم منتهون؟ فقلنا: لا ثم سكت وسكتنا.
والرد على هذه الشبهة يعلم مما سبق في وجه دلالة آيتي المائدة على التحريم «يراجع الوجهان الخامس والحادي عشر ص ٣٧، ٣٨».
هذا ما قاله بعض الفساق الذين اتخذوا دينهم لهواً ولعباً وغرتهم الأهواء وخدعتهم الأماني وغلبت شهواتهم عقولهم وعجزوا عن فهم كلام الله على الوجه الصحيح، وعمت بصائرهم عن أسراره وبلاغته التي أخرست فحول العرب.
أما المؤمنون الذين فهموا مواقع الكلام ووقفوا على أسراره فقد قالوا: انتهينا ربنا انتهينا ربنا أكدوا =

....

= الاستجابة والطاعة كما أكد الله عليهم التحريم، وقد كان فيهم المدمنون لشرب الخمر من عهد بعيد حتى شق عليهم تحريمها، وكان أشق من جميع التكاليف الشرعية، وقد قدح بعض أذكيائهم زناد فكره عله يهتدي إلى شيء يستند إليه في الرخصة من عموم تحريم الخمر بآيات المائدة فلم يجد أمامه إلا من مات من أهل بدر وأحد كسيد الشهداء حمزة عم الرسول ﷺ وغيره ممن ماتوا قبل البيت في تحريم الخمر بآيات المائدة فلم تغن عنهم هذه الشبهة شيئاً لأن الله تعالى لا يكلف العباد العمل بأحكام الشرع قبل نزولها.

وقال الفخر الرازي: زعم بعض الجهال أن الله تعالى لما بين في الخمر أنها محرمة عندما تكون موقعة في العداوة والبغضاء وصادة عن ذكر الله وعن الصلاة بيّن بقوله: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا﴾ الآية، أنه لا جناح على من طعمها إذا لم يحصل معه شيء من تلك المفاسد، بل حصل معه أنواع المصالح من الطاعة والتقوى والإحسان إلى الخلق. قالوا: ولا يمكن حمله على أحوال من شرب الخمر قبل نزول آية التحريم لأنه لو كان المراد ذلك لقال ما كان جناح على الذين طعموا كما قال مثل ذلك في آية تحويل القبلة: ﴿وما كان الله ليضيع أيمانكم﴾.

ولكنه لم يقل ذلك بل قال: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا﴾ الآية. ولا شك أنه إذاً للمستقبل لا للماضي.

والجواب: أن هذا القول مردود بإجماع الأمة منذ عصر الصحابة على تحريم الخمر قليلها وكثيرها، وقد دلت النصوص التي لا تحتمل التأويل على ذلك من مثل قول الرسول عليه السلام: «أنهاكم عن قليل ما يسكره كثيره وقوله: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وقوله: «ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام» ولو كان القليل مباحاً لما شق تحريم الخمر على الصحابة وقد شق عليهم كما بين في الشبهة الأولى. وقولهم إن كلمة إذاً للمستقبل لا للماضي مسلّم ولا يفيدهم لما روى أبو بكر الأصم أنه لمّا نزل تحريم الخمر، قال أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله كيف بإخواننا الذين ماتوا وقد شربوا الخمر وفعلوا القمار؟ وكيف بالغائبين عنا في البلدان لا يشعرون أن الله حرم الخمر وهم يطعمونها؟ فأنزل الله قوله: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ الآية. وعلى هذا التقدير فالحل قد ثبت في الزمان المستقبل عن وقت نزول هذه الآية، لكن في حق الغائبين الذين لم يبلغه هذا النص.

وحكى الإمام الماوردي عن طائفة من المتكلمين أن الخمر إنما تحرم إذا كانت صرفاً ولا تحرم إذا مزجت بغيرها واستدلوا بقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «حرمت الخمر بعينها» وقالوا إن الممزوجة ليست عينها فلم يتوجه التحريم إليها.

قال الماوردي: وهذا تأويل فاسد لظاهر عموم النهي عنها في الكتاب والسنة وتأيد ذلك بإجماع الأمة على تحريم الخمر قليلها وكثيرها، ولو حلت بالمزج لبطل مقصود الشارع من تحريمها وكان الشخص إذا ألقي فيها عوداً أو حصاة مثلاً أبيحت له، ولتوصل من أراد شربها إلى استباحتها بذلك. ولم يكن للنصوص فيها أي تأثير.

على أن القول بحل الممزوجة بإطلاق يفهم منه ولو سكر منها وقد أجمعت الأمة على تحريم السكر من أي شراب مسكر صرفاً كان أو ممزوجاً مع استقباحه عقلاً كما سيأتي.

والحديث الذي استدلوا به لا ينتج مدعاهم لضعفه لأن من طريق محمد بن الفرات أو عبد الرحمن بن بشر =

والدليل على أنها محرمةُ العين قولهُ (سبحانه وتعالى): ﴿رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ [المائدة: ٩٠] وصف (سبحانه وتعالى) الخمر بكونها رجساً وغير المحرم لا يوصف به، فهذا يدلُ على كونها محرمة في نفسها، وقوله (عز مِنْ قائلٍ): ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ﴾ [المائدة: ٩١] الآية، فدل على حرمة السكر، فحرمت عينها والسكر منها.

وقال (عليه الصلاة والسلام): «حُرِّمَتِ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا، قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا»[١] والسكر من كل شراب إِلاَّ أنه رخص شربها عند ضرورة العطش[٢]. أو لإِكراهٍ قدر ما تندفع به الضرورة؛ ولأن

= الغطفاني وأولهما وثانيهما ضعيف مجهول. والصحيح فيه أنه ليس مرفوعاً بل موقوف على ابن عباس وهو منقطع أيضاً عنه لأن عبد الله بن شداد الراوي عن ابن عباس لم يلق ابن عباس.
وبهذا انهارت شبه المارقين واضمحلت حيلهم التي يتلمسونها لإباحة ما حرم الله ورسوله إرضاء لأهوائهم وإشباعاً لشهواتهم «وحيل بينهم وبين ما يشتهون كما فعل بأشياعهم من قبل».
ينظر: أحكام الخمور لشيخنا حسين حسان السمطاوي، تفسير ابن كثير والبغوي (١/ ٥٠١) تفسير المعارج (٢/ ٢١٩)، فتح الباري (١٠/ ٢٣)، تفسير الطبري (٢/ ٢١٠)، نيل الأوطار (٨/ ١٤١)، نصب الراية (٤/ ٢٦٣).

(١) أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٤/ ١٢٤) من حديث علي وأعله بمحمد بن الفرات.

(٢) ذهب الحنفية والظاهرية إلى جواز شرب الخمر لدفع الجوع أو العطش الشديد الذي يخشى صاحبه من بقائه الهلاك على نفسه ولم يجد ما يسد به رمقه أو يزيل به ظمأه ولو نجسا إلا الخمر وهو مرجوح مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة في الممزوجة بما يروي من العطش. وذهب المالكية إلى عدم جواز شربها لمن هذه صنعته من الجوع أو العطش وهو أصح مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة في الممزوجة بما لا يروي من الظمأ.
استدل المجيزون بالكتاب والمعقول.
أما الكتاب فعموم قول الله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطرتم إليه﴾.
وجه الدلالة: أن الآية أفادت إباحة الخمر عند الاضطرار كما سبق في مسألة إزالة الغصة، والجائع والعطشان الذي هذه صنعته مضطر إلى شربها إحياء لمهجته وحفظاً لحياته فتكون مباحة له. وأما المعقول فقالوا: إن شرب الخمر كما أبيح للمغصوص يباح للجائع أو العطشان المضطر إليه بجامع الاضطرار.
واستدل المانعون بعموم نصوص السنة الدالة على عموم التحريم ومنها ما تقدم قريباً في مسألة الغصة عند ابن عرفة وقالوا في توجهها: إن الله تعالى لعن الشارب وتوعده بأن يسقيه في الآخرة من صديد أهل النار مع حرمان من شربها إن لم يتب والإباحة التي وردت بها الآية لا تعارضنا إذ لا فائدة من شربها لدفع الجوع أو العطش.
وبالمعقول فقالوا: لا فائدة في شرب الخمر لدفع الجوع أو العطش لأنها تجيع ولا تروي من الظمأ لما في طبعها من الحرارة والمساعدة على الهضم فلا يحصل المقصود من شربها بخلاف الشرب لإزالة الغصة فإن المقصود وهو السلامة من الموت حاصل يقينا أو ظناً قوياً.
ورد على المانعين في السنة أن عموم نصوصها مخصص بنص الكتاب الدال على إباحة جميع ما فصل الله ورسوله تحريمه في حال الاضطرار ولم يفصل في الإباحة بين محرم وآخر فدل ذلك على إباحة الخمر =

حرمة قليلها ثبتت بالشرع المحض، فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك.

وكذا لا يجوز الانتفاع بها للمداواةِ وغيرها[1]، لأن الله (تعالى) لم يجعل شفاءَنا فيما حرم علينا، ويحرم على الرجل أن يسقي الصغير الخمر، فإذا سقاه فالإثم عليه دون الصغير لأن خطاب التحريم يتناوله.

= متى تحققت الضرورة، فالأحاديث محمولة على حال الاختيار جمعاً بين النصوص وقولكم الإباحة التي وردت بها الآية لا تعارضنا إذ لا فائدة إلى آخره ممنوع لأنه في الخمر رطوبة وحرارة وعسر للهضم فالرطوبة التي فيها تزيل عطشه في الحال، وكذا عسر الهضم الذي تحدثه، وبذا ترتفع عنه المشقة ويزول عنه سبب الهلاك العاجل، وبهذا المعنى يرد معقول المانعين.

يقول الدكتور محمد جعفر في مذكرته تدبير الصحة «إن الخمر تعوق الهضم» وقال صاحب المبسوط: «ولا بأس بالإصابة من الخمر عند تحقق الضرورة بقدر ما يدفع الهلاك به عن نفسه، وشرب الخمر يرد عطشه في الحال، لأن في الخمر رطوبة وحرارة فالرطوبة التي فيها ترد عطشه في الحال، ثم بالحرارة التي فيها يزداد عطشه في ثاني الحال، وإلى أن يهيج ذلك به ربما وصل إلى الماء فعرفنا أنها تدفع الهلاك عن نفسه».

وقال النووي: المذهب الصحيح تحريم الخمر للتداوي أو العطش وأن إمام الحرمين والغزالي اختارا جوازها للعطش، قال إمام الحرمين: تسكن العطش فلا يكون استعمالها في حكم العلاج، قال: ومن قال إنها لا تسكن العطش فليس على بصيرة، ولا يعد قوله مذهباً بل هو غلط ووهم فإنه معاقر الخمر يجتزىء بها عن الماء، وقال القاضي أبو الطيب: سألت أهل المعرفة بها فقالوا: إنها تروي في الحال ثم تثير عطشاً شديد. ينظر: أحكام الخمور لشيخنا حسين حسان المبسوط (٢٨/٢٤) المحلى على المنهاج (٤/ ٢٠٣).

(١) ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة إلى عدم جواز شرب الخمر للتداوي، سواء أكانت صرفاً أم ممزوجة، لمن اضطر إلى التداوي بها، وفقد النجس والطاهر الذي يقوم مقامها، إما معرفة بأنه كان يعلم بالطب، وإما بإخبار طبيب عدل مسلم له بذلك، وهو أصح مذهب الشافعية.

وذهب الظاهرية إلى جواز التداوي بها صرفاً كانت أو ممزوجة، وهو مرجوح مذهب الشافعية.

استدل المانعون بالسنة، والأثر، والمعقول:

أما السنة فمنها ما يأتي:

الأول: ما رواه مسلم عن طارق بن سويد، أنه سأل النبي ﷺ عن الخمر، فنهاه، أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال النبي ﷺ: «إنه ليس بدواء، ولكنه داء».

الثاني: ما رواه الإمام أحمد بإسناده عن مخارق بن دثار، أن النبي ﷺ دخل على أم سلمة رضي الله عنها، وقد نبذت نبيذاً في جرة، فخرج والنبيذ يهدر، فقال النبي ﷺ: ما هذا؟ فقالت: فلانة اشتكت بطنها، فنقعت لها، فدفعه برجله، فكسره، وقال: «إن الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء».

الثالث: ما رواه أبو داود، عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله نزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا، ولا تداووا بحرام».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن صنع الخمر بقصد التداوي، وبيّن أنها ليست دواء، ولكنها داء، وقد =

....

= كسر الوعاء الذي نبذت فيه أم سلمة النبيذ للمريضة التي اشتكت بطنها، وقد أرشدنا إلى التداوي من الأدواء، ونهانا عن التداوي بالحرام؛ لأن الله تعالى أكرم من أن يجعل شفاء بعض الأمراض قاصراً على مادة واحدة محرمة، بل جعل من الأدوية الحلال ما يغني عنها، ويقوم مقامها في التأثير أو يزيد، وحقيقة النهي التحريم، ولم يفصل النبي عليه الصلاة والسلام بين حال اضطرار وغيرها، فدل ذلك على عموم تحريم التداوي بها.

وأما الأثر فما روى البخاري عن ابن مسعود أنه قال في المسكر: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم.

وجه الدلالة: أن ابن مسعود أخبر بأن الله تعالى لم يجعل شفاء عباده من بعض الأمراض موقوفاً على التداوي بالمحرم ومنه الخمر؛ لأن هناك من الحلال ما يغني عنه أو يزيد.

وأما المعقول فقالوا: إنها محرمة العين فلم يبح التداوي بها كلحم الخنزير واستدل المجيزون بالكتاب، والسنة، والمعقول.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ وجه الدلالة: أن الله أباح جميع ما فصل تحريمه في حال الاضطرار ومنه الخمر، والمتداوي الذي يعلم أن الخمر تعينت دواء لمرضة؛ بأن فقد الطاهر والنجس الذي يقوم مقامها في التداوي إما بمعرفة نفسه، وإما بإخبار طبيب مسلم عدل عالم بذلك، مضطر إلى التداوي بها، فتكون مباحة له إنقاذاً لنفسه من مخلب الأمراض الفتاكة.

وأما السنة فما استدل به المانعون منها، وقالوا في توجيهها: ليس في واحد منها أن النبي ﷺ ذكره جواباً لمضطر إلى التداوي بها، فتحمل على التداوي بها في غير حال الضرورة جمعاً بين الأدلة.

وأما المعقول فقالوا: إن المضطر إلى التداوي بها كالمغصوص المضطر إلى شربها، فكما أبيحت للثاني تباح للأول. وقالوا أيضاً: يباح التداوي بها للمضطر إليه، كما يباع لأكل الميتة ونحوها.

ورد على المانعين في السنة أنه ليس في واحد منها أن النبي ﷺ ذكره جواباً لمضطر إلى العلاج بها، فهي محمولة ابتداء على حال الاختيار فحسب، ولو سلمنا حملها على العموم لكانت مخصصة بنص الكتاب الذي أباح المحرم للاضطرار، ومنه التداوي بالخمر.

وأجيب بأن الظاهر من الأحاديث حملُها على العموم، ولا قرينة تعين حملها على حال دون أخرى، ولا معارضة بين عموم الأحاديث، وعموم الإباحة المأخوذة من نص الكتاب في حال الاضطرار؛ لأن الإباحة المستثناة عامة، وأحاديث النهي عن التداوي بالخمر خاصة، فيعمل بعموم الإباحة المستفادة من الآية، فيما عدا ما أخرجه الدليل الخاص من حرمة التداوي بها عملاً بالنصيّن.

هذا على فرض تحقق الضرورة إلى العلاج بالخمر، وقد ثبت طبياً أنه لا ضرورة إلى العلاج بها ألبتة؛ فإنه يوجد من الأدوية الطاهرة أو النجسة ما يغني عنها؛ أو يزيد في تأثير العلاج.

يقول الدكتور محمد جعفر في مذكرة تدبير الصحة: «ليس في عالم الطب داء أو عارض يصح أن يعالج بالكحول، إلا وهناك مواد أخرى كثيرة تؤديه، دون أن تضر بالجسم، فمثلاً قد يستعمل الكونياك، أو الكحول كمنبه في حالات الهبوط، ولكن هناك من العقاقير ما يفضله في هذا الأثر؛ كالقهوة، والشاي، وجوهرهما الفعال أفضل من الخمر، وكذلك «الاستركنين، والأدرينالين، والكافور، والأثير، والنوشادر، =

ومنها: أنه يكفر مستحلها[1]؛ لأن حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به، وهو نص الكتاب الكريم، فكان مُنْكِرُ الحرمة منكراً للكتاب.

= وغيرها. مما يعرفه كل طبيب».
وقال الدكتور «ملر» الأسكتلندي: «الخمر لا يشفي شيئاً».
وقال الدكتور: «جون سون»، الإنكليزي «إن الخمر ليس ضرورياً ألبتة ليستعمل دواء».
ينظر: أحكام الخمور لشيخنا حسين حسان نيل الأوطار (٨/ ١٦٩)، المغني (١٠/ ٣٣١)، المبسوط (٢٤/ ٩، ٢١، ٣٥)، المحلى على المنهاج (٤/ ٢٠٣).

(١) اتفق الفقهاء على أن المسلم المكلف إذا استحل النبيذ في حال الاختيار لا يكفر بشبهة اختلاف العلماء في حل قليله والعلة في التكفير ارتفاع الشبهة عما استحل من المحرم، ولم ترتفع الشبهة في النبيذ. واتفقوا على تكفيره إذا استحل الخمر التي من نيء عصير العنب إذا غلي واشتد وقذف بالزبد لانعقاد الإجماع على تحريمها مع علمه من الدين بالضرورة.
قال في جمع الجوامع وشرحه «جاحد المجمع عليه المعلوم من الدين بالضرورة وهو ما يعرفه الخواص والعوام من غير تشكيك فالتحق بالضروريات كوجوب الصلاة والصوم وحرمة الزنا والخمر كافر قطعاً لأن جحده يستلزم تكذيب النبي ﷺ.
وحكى شارح البهجة في باب الردة «أن إمام الحرمين لم يستحسن إطلاق القول بتكفير مستحل الخمر قال: وكيف نكفر من خالف الإجماع ونحن لا نكفر من رد أصله وإنما نبدعه، وأول كلام الأصحاب على ما إذا صدّق المجمعين على أن تحريم الخمر ثبت شرعاً ثم حلّله فإنه رد للشرع حكاه الرافعي في باب الشرب، ثم قال: وهذا إن صح فليجر في سائر ما حصل الإجماع على افتراضه فنفاه أو تحريمه فأثبته، وأجاب عنه الزنجاني بأن مستحل الخمر لا نكفره لأنه خالف الإجماع فقط بل لأنه خالف ما ثبت ضرورة أنه من دين محمد ﷺ والإجماع والنص عليه، قال ابن دقيق العيد: ظاهر حديث «التارك لدينه المفارق للجماعة» أن مخالف الإجماع كافر وبه قال بعضهم: وليس بالهين والحق أن المسائل الإجماعية إن صحبها التواتر كالصلاة والصوم كفر منكرها لمخالفته التواتر لا لمخالفته الإجماع فقط. وإن لم يصحبها التواتر لم يكفر، قال الزركشي: «وهذا هو الصواب» قال وعليه فلا ينبغي عد جحد المجمع عليه من أنواع الردة، وعلى عده منها قال البلقيني ينبغي أن يزاد بلا تأويل، ليخرج البغاة والخوارج الذين يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم، والذين أنكروا وجوب الزكاة بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام بالتأويل، فإن الصحابة رضي الله عنهم لم يكفروهم.
والذي أراه أن جاحد المجمع عليه إذا كان معلوماً من الدين بالضرورة بحيث يعلم به الخاص والعام ولا يخفى على أحد لتواتره يعد جحده كفراً كما نبه على ذلك صاحب جمع الجوامع وغيره، والخمر من هذا القبيل فقد روى الخلاّل بإسناده عن محارب بن دثار أن أناساً شربوا بالشام الخمر فقال لهم يزيد بن أبي سفيان: شربتم الخمر؟ قالوا: نعم بقول الله تعالى: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ الآية، فكتب فيهم إلى عمر بن الخطاب فكتب إليه: «إن أتاك كتابي هذا نهاراً فلا تنتظر بهم إلى الليل، وإن أتاك ليلاً فلا تنتظر بهم نهاراً حتى تبعث بهم إليّ لئلا يفتنوا عباد الله فبعث بهم إلى عمر فشاور فيهم الناس فقال لعلي: ما ترى؟ فقال: أرى أنهم قد شرعوا في دين الله ما لم يأذن الله فيه فإن زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله وإن زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله، وقد أخبرنا الله عز وجل بحد ما يفتري بعضنا على بعض»، فحدهم عمر ثمانين ثمانين. =

ومنها: أنها يحد شاربها قليلاً أو كثيراً لإجماع الصحابة (رضي الله تعالى عنهم) على ذلك، ولو شرب خمراً ممزوجاً بالماء، إن كانت الغلبة للخمر يجب الحد، وإن غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحُها لا يجب؛ لأن الغلبة إذا كانت للخمر فقد بقي اسم الخمر ومعناها، وإذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم والمعنى، إلاَّ أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر؛ لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة؛ وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ، لأن الطبخ لا يحل حراماً، ولو شربها يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ، ولو شرب دردي الخمر لا حد عليه، إلاَّ إذا سكر؛ لأنه لا يسمى خمراً، ومعنى الخمرية فيه ناقصٌ لكونه مخلوطاً بغيره، فأشبه المنصف، وإذا سكر منه يجب حد السكر؛ كما في المنصف، ويحرم شربه لما فيه من أجزاء الخمر، وَمَنْ وجد منه رائحة الخمر أو قاء خمراً لا حد عليه؛ لأنه يحتمل أنه شربها مكرهاً، فلا يجب مع الاحتمال.

ولا حد على أهل الذمة وإن سكروا من الخمر؛ لأنها حلالٌ عندهم، وعن الحسن بن زياد (رحمه الله) أنهم يحدُّون إذا سكروا؛ لأن السكر حرام في الأديان كلها.

ومنها: أَن حد شرب الخمر وحد السكر مقدرٌ بثمانين جلدة في الأحرارِ لإجماع الصحابة (رضي الله عنهم) وقياسهم على حد القذف، حتى قال سيدُنا عليٌّ (رضي الله عنه): إذا سَكَرَ هَذَىٰ وإذا هذى افترى[1]، وَحَدُّ المفترين ثمانون وبأربعين في العبيد؛ لأن الرق منصف للحد كحد القذف والزنا[2]؛ قال الله (تعالى جلَّ وعلا): ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

= فهذا القول من علي كرم الله وجهه في مجلس الشورى وفيه عيون فقهاء الصحابة مع عدم إنكار أحد منهم عليه يدل على أنه كان معلوماً عند الصحابة أنه مستحل الخمر كافر وأن جزاءه القتل لردته وإنكاره ما علم ضرورة من دين محمد ﷺ مع الإجماع عليه فقد انعقد الإجماع على تحريمها في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعد حادثة قدامة بن مظعون رضي الله عنه ورجوعه عند ما بين له ابن عباس وعمر فساد تأويله كما سبق.

هذا كله حكم إنكار المجمع عليه إجماعاً قطعياً مشتهراً، أما من أنكر المجمع عليه إجماعاً ظنياً أو قطعياً خفياً فلا يكفر لأنه لا يعلم إلا الخواص مثله من أنكر استحقاق ثبت الابن السدس مع بنت الصلب، ومن أنكر تحريم المعتدة، ومن أنكر فساد الحج بالجماع قبل التحلل الأول مع الإجماع عليها فهؤلاء يعرفون الصواب ليعتقدوه. ينظر: أحكام الخمور لشيخنا حسين حسان، جماع الجوامع مع البناني (٢/ ١٣٠) الحاوي الكبير للماوردي جـ ١٨.

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٨٤٢) والشافعي في «المسند» (٢/ ٩٠) رقم (٢٩٣) عن ثور بن زيد الديلي أن عمر استشار علي في حد الخمر فذكره قال الحافظ في «التلخيص» (٤/ ١٢٤): وهذا منقطع لأن ثوراً لم يلحق عمر بلا خلاف.

(٢) فقهاء الإسلام تنوعت أرائهم في نوع عقوبة الخمر ففريق يرى أنها تغرير يختلف باختلاف حال الشارب ونظر الإمام ويرى الجمهور أن حد هؤلاء اختلفوا في قدرها للحر فذهب الحنفية والمالكية إلى أن قدرها =

....

= ثمانون، وهو مذهب إسحاق والأوزاعي، والثوري وغيرهم، وإحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولي الشافعي، واختاره ابن المنذر.
وذهب الشافعي في أصح مذهب إلى أن قدرها أربعين، وهو مذهب الظاهرية، وأبي ثور، وإحدى الروايتين عن أحمد، قال الشافعي: وللإمام أن يبلغ به ثمانين، وتكون الزيادة على الأربعين تعزيرات على تسببه في إزالة عقله، وفي تعرضه للقذف والقتل وأنواع الإيذاء، وترك الصلاة وغير ذلك.
استدل الحنفية ومن معهم بالسنة والأثر والمعقول والإجماع..
أما السنة فمنها ما يأتي:
الأول: ما رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه عن أنس أن النبي ﷺ أتي برجل قد شرب الخمر فجلد بجريدتين نحو أربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمراً استشار الناس فقال عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانين فأمر به عمر».
الثاني: ما رواه أحمد عن أبي سعيد قال: جلد على عهد رسول الله ﷺ في الخمر بنعلين أربعين، فلما كان زمن عمر جعل بدل كل نعل سوطاً.
وجه الدلالة: أن شارب الخمر كان يجلد بين يدي رسول الله ﷺ ثمانين؛ لأنه كان يضرب بالجريدتين أو بالنعلين مجتمعين أربعين، فتكون الجملة الحاصلة ثمانين؛ لأن كل ضربة ضربتان، وإن كانت الرواية الأولى محتملة، لقوله فجلد بجريدتين نحو أربعين إلا أن الثانية جارفة، بأن الضرب بنعلين أربعين؛ ولذا استشار عمر الصحابة ـ رضوان الله عليهم أجمعين ـ فرأوا أن الجلد في الخمر ثمانون سوطاً بدل الضرب بالنعال ونحوها.
وأما الأثر فما رواه الإمام مالك رضي الله عنه عن ثور بن زيد الدِّيلي، أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي طالب: «نرى أن نجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، أو كما قال. فجلد عمر في الخمر ثمانين». الدِّيلي ـ بكسر المهملة وإسكان الياء ـ.
وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة في عقوبة شرب الخمر، فأشار عليه علي بأنها ثمانون، فوافقه عمر عليها، وعمل بها، فدل ذلك على أنها ثمانون، ولم يعلم له مخالف.
وأما المعقول فقالوا: إن هذا حد في معصية، فلم يكن أقل من ثمانين كحد الفرية والزنا.
وأما الإجماع فقالوا: إن الصحابة في عهد عمر أجمعوا على أن حدّ شرب الخمر ثمانون، يدل لذلك ما روى الدارقطني قال: حدثنا القاضي الحسين بن إسماعيل، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدَّوْرَقي قال: حدثنا صفوان بن عيسى، قال: حدثنا أسامة بن زيد، عن الزهري قال: أخبرني عبد الرحمن بن أزهر قال: رأيت رسول الله ﷺ يوم حنين وهو يتخلل الناس، يسأل عن منزل خالد بن الوليد، فأتي بسكران قال: فقال رسول الله ﷺ: لمن عنده، فضربوه بما في أيديهم، وقال: وحثا رسول الله ﷺ عليه التراب قال: ثم أتى أبو بكر رضي الله عنه بسكران قال: فتوخى الذي كان من ضربهم يومئذٍ فضرب أربعين قال الزهري: ثم أخبرني حميد بن عبد الرحمن، عن ابن وبرة الكلبي قال: أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر قال: فأتيته، ومعه عثمان بن عفان، وعبد الرحمن بن عوف، وعلي بن أبي طالب، وطلحة، والزبير رضي الله عنهم وهم معه متكئون في المسجد، فقلت: إن خالد بن الوليد أرسلني إليك وهو يقرأ عليك السلام، ويقول: إن الناس قد انهمكوا في الخمر، وتحاقروا العقوبة فيه، فقال عمر: هم هؤلاء عندك =

....

= فسلهم، فقال علي: نراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون قال فقال عمر: أبلغ صاحبك ما قال، قال: فجلد خالد ثمانين، وعمر ثمانين.

وأخرج أبو داود، والنسائي من حديث عبد الرحمن بن أزهر في قصة الشارب الذي ضربه النبي ﷺ بحنين، وفيه فلما كان عمر كتب إليه خالد بن الوليد أن الناس قد انهمكوا في الشرب، وتحاقروا العقوبة قال وعنده المهاجرون والأنصار، فسألهم واجتمعوا على أن يضربه ثمانين.

قال الباجي: «واستدل أن ذلك حكمه، وإلى ذلك ذهب مالكٌ، وأبو حنيفة أن حد شارب الخمر ثمانون، وقال الشافعي: أربعون، والدليل على ما نقول ما روي من الأحاديث الدالة على أنه لم يكن من النبي ﷺ نَصٌّ في ذلك على تحديد، وكان الناس على ذلك، ثم وقع الاجتهاد في ذلك في زمن عمر بن الخطاب، ولم يوجد عند أحد منهم نص على تحديد؛ وذلك من أقوى الدليل على عدم النص فيه؛ لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه، ويذهب على الأمة؛ لأن ذلك كان يكون إجماعاً منهم على الخطأ، ولا يجوز ذلك على الأمة، ثم أجمعوا واتفقوا على أن الحد ثمانون وحكم بذلك على ملأ منهم، ولم يعلم لأحد فيه مخالفة؛ فثبت أنه إجماع.

واستدل الإمام الشافعي رضي الله عنه، ومن معه بالسنة، والأثر، والمعقول، وللشافعي ومن معه أما السنة فما روى مسلم، عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يضرب في الخمر بالنعال والجريد أربعين.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ كان يضرب في الخمر بالجريد، والنعال أربعين، فدل ذلك على أنها حث.

وأما الأثر فما روى مسلم عن حضين بن المنذر قال: شهدت عثمان بن عفان أتي بالوليد قد صلّى الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم، فشهد عليه رجلان أحدهما: حمران، أنه شرب الخمر، ويشهد آخر أنه رآه يتقيؤها فقال: عثمان: إنه لم يتقيأها حتى شربها، فقال: يا علي، قم فاجلده، فقال علي: قم يا حسن فاجلده، فقال الحسن: «ول حارّها من تولى قارّها» فكأنه وجد عليه، فقال: يا عبد الله بن جعفر، قم فاجلده، فجلده وعليٌّ يعدّ حتى بلغ أربعين، فقال: أمسك، ثم قال: جلد النبي أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكُلٌّ سنةٌ، وهذا أحب إلي».

وجه الدلالة: أن علياً كرم الله وجهه جزم في أخباره بأن النبي ﷺ جلد أربعين، وسائر الأخبار ليس فيها عدد محدد، إلا بعض الروايات السالفة عن أنس، ففيها نحو الأربعين. بطريق التقريب، والجمع بين الأخبار، أن علياً جزم بالأربعين فهو حجة على من ذكرها بلفظ التقريب؛ فعملنا بما جزم به عليٌّ في إخباره عن الجلد الواقع في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام، وعهد أبي بكر، ومن حفظ حجة على من لم يحفظ؛ ولذلك قال لعبد الله بن جعفر لما بلغ الأربعين: أمسك.

وأما المعقول فقالوا: إن الشرب سبب يوجب الحد، فوجب أن يختص بعدد لا يشاركه فيه غيره، كالزنا والقذف.

ورد على الجمهور في السنة أنها غير ظاهرة في التقدير بالثمانين؛ لأنها كما تحتمل أنه ضرب بالنعلين، أو بالجريدتين مجتمعين معاً أربعين ضربة، فتكون جملة الضربات الحاصلة ثمانين، تحتمل أنه ضرب بنعل منفرد، أو بجريدة منفردة عددا لم يبلغ الأربعين؛ لتمزق النعل، أو تكسر الجريدة، ثم كمل العدد على ما مضى من الضرب أربعين، فكانت جملة الضربات على التعاقب أربعين ويرجح الاحتمال الثاني ما رواه أحمد، والبيهقي، فأمر نحواً من عشرين رجلاً، فجلده كل واحد جلدتين بالجريد، والنعال. على أن رواية بجريدتين نحو أربعين، لو لم يرد لها معارض لما دلت على تعين الثمانين تحديداً؛ لأن نحو =

....

= الأربعين بجريدتين مجتمعتين تحتمل الزيادة على الثمانين، والنقص منها، وقد منعوا الزيادة والنقص، لكونها حداً.

وورد عليهم في أثر علي كرم الله وجهه أن ثور بن زيد الديلي لم يلحق عمر بلا خلاف.

وأجيب بأن النسائي، والحاكم روياه عن ثور، عن عكرمة، عن ابن عباس موصولاً.

وقد تضارب النقلُ عن علي في المقدار، فهذا الأثر أشار فيه على عمر رضي الله عنهما بالثمانين، وقد روي عنه في قصة جلد الوليد بن عقبة؛ أنه قال لعبد الله بن جعفر: أمسك عندما وصل إلى الأربعين، ثم قال: جلد النبي أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكُلٌّ سُنَّةٌ؛ وهذا أحب إليّ.

وروى عنه البخاري، وغيره؛ أنه قال: ما كنت لأقيم حداً على أحد، فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً؛ إلا صاحب الخمر؛ فإنه لو مات وديته؛ ومع هذا التضارب في الآثار المروية عنه، لا تدل على تعين مقدار بعد قوله: فإن النبي لم يسنه وأطلق ولم يقيده بالأربعين، أو بالثمانين.

وقد روي عن عمر؛ أنه جلد أربعين، وستين، وثمانين بعد المسورة، وجلد عثمان أيضاً ثمانين وأربعين.

وورد عليهم في المعقول أنه مردود، لأن الحدود لا تثبت قياساً، ولو سلم لكان معارضاً بمثله مما ذكره الشافعي من أن اختلاف أسباب الجرائم يمنع من تساويها.

وورد عليهم في الإجماع أنه لم يتم، فهذا علي كرم الله وجهه كان ممن أشار على عمر بالثمانين، ثم رجع عنها، واقتصر على الأربعين، لأنها القدر الذي اتفقوا عليه في خلافة أبي بكر، مستندين إلى تقدير ما فعل بحضرة الرسول ﷺ.

وأما الذي أشار به على عمر فقد تبين من سياق القصة؛ أنه أشار بذلك ردعاً للذين انهمكوا في الشراب، واحتقروا العقوبة فيه؛ لأن في بعض طرق القصة كما تقدم في كتاب خالد رضي الله عنه: «تحاقروا العقوبة» فاقتضى رأيهم أن يضيفوا إلى الحد المذكور قدره، إما باجتهاد بناء على جواز دخول القياس في الحدود، فيكون الكل حدا، أو أنهم استنبطوا من النص معنى يقتضي الزيادة في الحد، لا النقصان منه أو القدر الذي زادوه كان على سبيل التعزير تحذيراً وتخويفاً؛ لأن من احتقر العقوبة إذا عرف أنها غلظت في حقه كان أقرب إلى ارتداعه؛ فيحتمل أن يكونوا ارتدعوا بذلك، ورجع الأمر إلى ما كانوا عليه قبل ذلك، فرأى علي الرجوع إلى الحد المنصوص وأعرض عن الزيادة لانتفاء سببها.

ويحتمل أن يكون القدر الزائد كان عندهم خاصاً بمن تمرد، وظهرت منه أمارة الاشتهار بالفجور، ويدل على ذلك أن في بعض طرق حديث الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن، عند الدارقطني وغيره، فكان عمر إذا أتى بالرجل الضعيف تكون منه الزلة جلده أربعين، قال: وكذلك عثمان جلد أربعين، وثمانين.

ويؤيد ذلك أيضاً ما أخرجه أبو عبيد في «غريب الحديث» بسندٍ صحيح. عن أبي رافع عن عمر، أنى بشارب فقال: لأبعثنك إلى رجل، لا تأخذه فيك هوادة، فبعثه إلى مطيع بن الأسود العدوي، فقال: إذا أصبحت الغد فاضربه الحد، فجاء عمر، فوجده يضربه ضرباً شديداً، فقال: قتلت الرجل، كم ضربته؟ قال: ستين، فقال: أقصّ عنه بعشرين، قال أبو عبيدة: «أقص عنه بعشرين» يقول: اجعل شدّة الضرب الذي ضربته قصاصاً بالعشرين التي بقيت، ولا تضربه العشرين.

وقال: يؤخذ من هذا الحديث أن ضرب الشارب لا يكون شديداً، وألا يضرب في حال السكر، لقوله: إذا أصبحت غداً فاضربه، قال البيهقي: ويؤخذ منه أن الزيادة على الأربعين ليست بحد، إذ لو كانت حداً =

....

= لما جاز النقص منه بشدة الضرب؛ إذ لا قائل به».
فهذا كله يدل على أنه لا إجماع على الثمانين حداً، وإلا لما ساغ تركها ممن أجمعوا عليها بعد الإجماع، وقد روي أن عمر كافأ أبا محجن الثقفي على بلائه الحسن يوم القادسية بقوله: «لا نجلدك في الخمر بعدها أبداً» كما سبق، فهذا يدلُّ على أن العقوبة كلها تعزير، وإلا لما تركها عمر، وهو الغيور في دينه الذي لا يعرف المجاملة، ولا المحاباة في دين الله وعلى تسليم أن هناك إجماعاً، فالإجماع على جواز الزيادة إلى الثمانين، لا على تحتمها.
قال ابن حزم: فمن تعلق بزيادة عمر ومن زادها معه على وجه التعزير، وجعل ذلك حداً مفترضاً، فيلزمه أن يحرق بيت بائع الخمر، ويجعل ذلك حداً مفترضاً؛ لأن عمر فعله، وقد جلد عمر أربعين، وستين في الخمر، بعد أن جلد الثمانين بأصح إسناد يمكن وجوده، فصح بما ذكرنا أنه القول بجلد أربعين في الخمر هو قول أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، والحسن بن علي، وعبد الله بن جعفر رضي الله عنهم بحضرة جميع الصحابة وبه يقول الشافعي، وأبو سليمان، وأصحابهما؛ وبه نأخذ.
وقد روي عن زيد بن أسلم، عن أبيه عن عمر بن الخطاب؛ أن رجلاً كان على عهد رسول الله ﷺ كان اسمه عبد الله، وكان يلقب حماراً، وكان يضحك النبي ﷺ، وكان رسول الله ﷺ قد جلده في الشرب، فأتى به يوماً فأمر به فجلد، فقال رجل من القوم: اللهم العنه، ما أكثر ما يؤتى به إلى رسول الله ﷺ فقال النبي: «لا تلعنوه»، قال ابن حزم: فتوفي رسول الله وتلك سنته، ثم جلد أبو بكر في الخمر أربعين، ثم جلد عمر أربعين صدراً من إمارته، ثم جلد عثمان الحدين كليهما ثمانين، وأربعين، ثم أثبت معاوية الحد ثمانين.
ورد على الشافعي، ومن معه في السنة، أنها كما تحتمل الأربعين تحتمل الثمانين؛ لأن جلده في الخمر بالنعال والجريد أربعين يحتمل، أنه جمع بينهما في الضرب أربعين ضربة، فتكون جملة الضربات ثمانين، كما تحتمل أنه ضربه بكل واحد عدداً على التعاقب، فكان المجموع أربعين. وأجاب الشافعي بأن الاحتمال الأول بعيد ومردود بما رواه أحمد، والبيهقي بلفظ: «فأمر نحواً من عشرين رجلاً، فجلده كل واحد جلدتين بالجريد والنعال»، ويجمع بين الروايات بأن جملة الضربات الحاصلة أربعون.
وللحنفية ومن معهم أن يقولوا: إن هذه الرواية التي رواها أحمد، والبيهقي، لا تفيد الأربعين نصاً؛ فإنها تحتمل أن كلاً منهم جمع بين النعل والجريد في كل ضربة. فيكون كل منهم جلد أربع جلدات، وتكون الجملة الحاصلة ثمانين، وإن كان بعيداً.
ولو سلم للشافعي أن الحديث نص في التحديد بالأربعين لما دل ذلك على تعينها في كل شارب، يدل على ذلك الروايات التي جاءت بلفظ: «فجلد بجريدتين نحو أربعين»؛ فتكون الرواية التي وردت بالأربعين من جملة الأنواع التي يعاقب بها الشارب بحسب حاله، ولم يقصد بها التحديد وإلا لما تركها النبي ﷺ بعد فعلها أو الأمر بها، وكذلك أصحابه من بعده.
وورد على الشافعي، ومن معه أيضاً في أثر علي في جلد الوليد بن عقبة؛ أن الطحاوي قال: إن رواية أبي ساسان هذه ضعيفة؛ لمخالفتها الآثار المذكورة، ولأن راويها عبد الله بن فيروز المعروف بالداناج بنون وجيم ضعيف، وتعقبه البيهقي بأنه حديث صحيح، مخرج في المسانيد والسنن، وأن الترمذي سأل البخاري عنه فقوّاه، وقد صححه مسلم، وتلقاه الناس بالقبول.
وقال ابن عبد البر: ان أثبت شيء في هذا الباب، قال البيهقي، وصحة الحديث إنما تعرف بثقة رجاله، =

....

= وقد عرفهم حُفَّاظُ الحديث وقبلوهم. وتضعيفه الداناج لا يقبل؛ لأن الجرح بعد ثبوت التعديل لا يقبل إلا مفسراً، ومخالفة الراوي غيره في بعض ألفاظ الحديث لا تقتضي تضعيفه؛ قال الحافظ: وثق الداناج المذكور أبو زرعة، والنسائي.

وقد ثبت عن علي في هذه القصة من وجه آخر أنه جلد الوليد أربعين، ثم ساقه من طريق هشام بن يوسف عن معمر، وقال أخرجه البخاري، وهو كما قال. وطعن الطحاوي أيضاً في رواية أبي ساسان بأن علياً قال: «وهذا أحبُّ إلي»، أي: جلد أربعين، مع أن علياً جلد النجاشي الشاعر في خلافته ثمانين، وبأن ابن أبي شيبة أخرج من وجه آخر عن علي أن حد النبيذ ثمانون، والجواب عن ذلك من وجهين: أحدهما: أنه لا تصح أسانيد شيء من ذلك عن علي، وثانيهما: على تقدير ثبوته فإنه يجوز أن ذلك يختلف بحال الشارب، وأن حد الخمر لا ينقص عن الأربعين، ولا يزاد على الثمانين، والحجة إنما هي في جزمه بأنه ﷺ جلد أربعين. وقد جمع الطحاوي بينهما بما أخرجه هو والطبري من طريق أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين، أن علياً جلد الوليد بسوط له طرفان، وأخرج الطحاوي أيضاً، من طريق عروة مثله، لكن له ذنبان، أربعين جلدة في الخمر في زمن عثمان.

قال الطحاوي: ففي هذا الحديث أن علياً جلده ثمانين؛ لأن كل سوط سوطان، وتعقب بأن المسند الأول منقطع، فإن أبا جعفر ولد بعد موت عليٍّ بأكثر من عشرين سنة، وبأن الثاني في سنده ابن لهيعة وهو ضعيف، وعروة لم يكن في الوقت المذكور مميزاً، وعلى تقدير ثبوته، فليس في الطريقين أن الطرفين أصاباه في كل ضربة.

وقال البيهقي: يحتمل أن يكون ضربه بالطرفين عشرين، فأراد بالأربعين ما اجتمع من عشرين وعشرين، ويوضح ذلك وله في بقية الخبر: «وكل سنة، وهذا أحب إليّ»؛ لأنه لا يقتضي التغاير، والتأويل المذكور يقتضي أن يكون كل من الفريقين جلد ثمانين، فلا يبقى هناك عدد يقع التفاصل فيه.

وأما دعوى من زعم أن المراد بقوله: «وهذا أحب إلي» الإشارة إلى الثمانين، فيلزم من ذلك أن يكون على رجح فعل عمر على ما فعله الرسول عليه السلام، وأبو بكر، وهذا لا يظن بمثله؛ قاله البيهقي.
واستدل الطحاوي لضعف حديث أبي ساسان بما تقدم ذكره من قول علي: إنه إذا سكر هذى..... إلى آخره.

قال الطحاوي فلما اعتمد عليٌّ في ذلك على ضرب المثل، واستخرج الحد بطريق الاستنباط دل على أنه لا توقيف عنده من الشارع في ذلك، فيكون جزمه بأن النبي ﷺ جلد أربعين غلطاً من الراوي؛ إذ لو كان عنده الحديث المرفوع لم يعدل عنه إلى القياس، ولو كان عند من بحضرته من الصحابة كعمر، وسائر من ذكر في ذلك شيء مرفوع لأنكروا عليه، وتعقب بأنه إنما يتجه الإنكار لو كان المنزع واحداً، فأما مع الاختلاف فلا يتجه الأنكار.

وبيان ذلك أن في سياق القصة ما يقتضي أنهم كانوا يعرفون أن الحد أربعين، وإنما تشاوروا في أمر يحصل به الارتداع يزيد على ما كان مقرراً ويشير إلى ذلك ما وقع من التصريح في بعض طرق أنهم احتقروا العقوبة، وانهمكوا في الشرب.

فإن قيل: جاء في هذا الأثر عن علي، أن النبي ﷺ جلد أربعين، وأبو بكر كذلك، وعمر ثمانين، وكُلٌّ سُنَّةٌ، وروى البخاري، وغيره عنه أنه قال: «ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت، فأجد في نفسي إلا =

....

= صاحب الخمر؛ فإنه لو مات وديته؛ وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه». فما طريق التوفيق؟

قال الحافظ: والجمع بين حديث علي المصرح بأن النبي ﷺ جلد الأربعين وأنه سنة، وبين هذا المذكور، وهو أن النبي عليه السلام لم يسنه، بأنه يحمل النفي على أنه لم يحد الثمانين، أي: لم يسن شيئاً زائداً على الأربعين، ويؤيده قوله: «وإنما هو شيء صنعناه نحن» يشير إلى ما أشار به على عمر، وعلى هذا فقوله: لو مات وديته، أي في الأربعين الزائدة، وبذلك جزم البيهقي، وابن حزم.

ويحتمل أن كون قوله: لم يسنه، أي: الثمانين، لقوله في الرواية الأخرى: وإنما هو شيء صنعناه، فكأنه خاف من الذي صنعوه باجتهادهم ألا يكون مطابقاً، واختص هو بذلك؛ لكونه الذي كان أشار بذلك، واستدلَّ له، ثم ظهر له أن الوقوف عند ما كان عليه الأمر أولاً أولى فرجع إلى ترجيحه، وأخبر بأنه لو أقام الحد ثمانين، فمات المضروب وداه؛ للعلة المذكورة.

ويحتمل أن يكون الضمير في قوله «لم يسنه» لصفة الضرب، وكونها بسوط الجلد، أي: لم يسن الجلد بالسوط، وإنما كان يضرب فيه بالنعال ونحوها مما تقدم ذكره، أشار إلى ذلك البيهقي.

وقال ابن حزم أيضاً لو جاء عن غير علي من الصحابة في حكم واحد أنه مسنون، وأنه غير مسنون - لوجب حمل أحدهما على غير ما حمل عليه الآخر، فضلاً عن علي مع سعة علمه وقوة فهمه، وإذا تعارض خبر عمير بن سعيد الذي رواه البخاري عن علي، وخبر أبي ساسان فخبر أبي ساسان أولى بالقبول؛ لأنه مصرح فيه برفع الحديث عن علي، وخبر عمير موقوف على عليّ.

وإذا تعارض المرفوع والموقوف قدم المرفوع، وأما دعوى ضعف سند أبي ساسان فمردودة، والجمع أولى مهما أمكن من توهين الأخبار الصحيحة، وعلى تقدير أن تكون إحدى الروايتين وهما، فرواية الإثبات مقدمة على رواية النفي، وقد ساعدتها رواية أنس على اختلاف ألفاظ النقلة عند قتادة، وعلى تقدير أن بينهما تمام التعارض، فحديث أنس سالم من ذلك.

هذا ما جمعوا به بين الآثار المروية عن علي كرم الله وجهه.

والذي أراه أن قول علي كرم الله وجهه: «جلد النبي عليه الصلاة والسلام أربعين وأبو بكر أربعين» إخبار عما وقع في حضرة النبي ﷺ وخلافة أبي بكر في بعض وقائع الشرب. وقول علي: «فإن النبي لم يسنه» معناه لم يسنه بلفظ عام يشمل كل قضية من قضايا الشراب، وفعله ﷺ للأربعين أو غيرها مرة لا يدل على أن ذلك عقوبة لكل شارب لأنها وقائع عينية وهي لا عموم لها، ولو كان المقصود من حكاية العدد عن النبي ﷺ تحديد عدد خاص في كل حوادث الشراب لما تركها النبي ﷺ بعد فعلها أو الأمر بها، ولما تجاوزها أصحابه من بعده في بعض حوادث الشراب وقد تجاوزها عمر وعثمان وغيرهما، فغاية ما تدل عليه رواية جلد النبي عليه السلام أربعين» أنها بيان لبعض الأنواع التي يعاقب بها الشارب بحسب حاله.

على أن مشورة أبي بكر أصحاب رسول الله رضي الله عنهم أجمعين وتحريمهم المقدار الذي كان يضربه الشارب في عهد الرسول يدل على أنه لم تكن هناك سنة مقدَّرة للعقوبة تقديراً مضبوطاً عند علي وعند غيره من الصحابة، وإلا لما جاز لهم الاجتهاد في قدر العقوبة مع وجود السنة المبنية لمقدارها بياناً مضبوطاً، فدل ذلك على أن قول علي «جلد النبي أربعين» إمّا أنه أراد بها التقريب أو التحديد بعدما رآه أبو بكر ومن معه ويدل لهذا القول عليّ «لو مات وديته فإن النبي لم يسنه» حيث أطل ولم يقيده بالأربعين =

....

= أو بالزائد عليها أو بالثمانين. وإذا كانت هذه منزلة الآثار عن علي كرم الله وجهه، فلا تدل على تحتم مقدار خاص في كل حوادث الشرب.
وورد على الشافعي رضي الله عنه ومن معه في المعقول أنه قياس لإثبات الحدود، والحدود لا تثبت قياساً.
ولو سلمنا ثبوتها به لكان معارضاً بما ذكره الجمهور من أنه في حد معصيته فيجب أن يقدر بالثمانين كالقذف.
وأجاب الشافعي بأن قياسنا أولى لأن الحدود اختلفت في المقدار لاختلافها في الأسباب فجاز اعتبار بعضها ببعض في التفاضل ولم يجز اعتبار بعضها ببعض في التماثل، ولأن الحدود ترتبت بحسب الجرائم، فما كان جرمه أغلظ كان حده أكثر فالزنا لما غلظ جرمه للاشتراك فيه غلظ حده، والقذف لما اختص بالتعدي على واحد كان أخف من الزنا، والخمر لما اختص بالشارب ولم يتعد عنه وجب أن يكون أخف من القذف.
فإن قيل إن حقه القذف أخف من حد الخمر.
فالجواب عنه أنه أغلظ من وجهين: الأول أن القذف متعد، والشرب غير متعد، الثاني: أن حد القذف من حقوق العباد، وحد الشرب من حقوق الله تعالى، وما تعلق بالعباد أغلظ فإن قيل إذا كانت الأربعون هي الحد المحتوم والزيادة عليها إلى الثمانين تعزير فقد ساوى التعزير حدّاً، وقد قال الشافعية لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود.
فالجواب عن ذلك أنه لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود إذا كان سبب التعزير واحداً، فأما إذا اختلفت الأسباب فإنه تجوز الزيادة لأن لكل سبب حكما، وتعزيره في الخمر لأسباب منها زوال عقله وتركه الصلاة، وهذيانه وأعراضه عن معرفة الله وغير ذلك. فإن قيل إن مقتضى ذلك أن يزاد على الثمانين.
قلنا: إن هذا التعزير قام الإجماع من الصحابة على جواز بلوغه الثمانين مع عدم جواز الزيادة عليها فكان هذا التعزير مخصوصاً من سائر التعزيرات بهذا الإجماع.
فالأقوى دليلاً في هذه المسألة عند القائلين بأن العقوبة حد أن الأربعين هي الحد المحتوم، وما زاد عليها إلى الثمانين تعزيرات مرجعها إلى نظر الأمام إن شاء فعله للمصلحة التي يراها وأن شاء تركه، وكذلك كان فعل عمر جلد الثمانين لما رأى المصلحة في فعلها، ونقص منها لما رأى المصلحة في النقص منها ووقف عند الأربعين لما رأى المصلحة في الوقوف عندها. وترك أبو بكر الزيادة على الأربعين لما رأى المصلحة في تركها وجلد عثمان رضي الله عنه الأربعين والثمانين في خلافته باعتبار المصلحة التي رأها، وجلد علي كرم الله وجهه الوليد بن عقبة أربعين أو ثمانين في خلافة عثمان، وأشار على عمر بالثمانين ورجع عنها إلى الأربعين لأنها القدر الذي اتفقوا عليه في خلافة أبي بكر مستندين في ذلك إلى ما فعل بحضرة الرسول ﷺ وإذا كان الإجماع السكوتي حجة فأجماع الصحابة على الأربعين في عهد أبي بكر سابق على أجماعهم على الثمانين في عهد عمر علي فرض تسليمه، والتمسك بإجماع أبي بكر أولى لأن مستنده فعل الرسول عليه الصلاة والسلام ومن ثم رجع إليه علي ففعله في زمن عثمان بحضرته وبحضرة من كان عنده من الصحابة منهم عبد الله بن جعفر الذي باشر ذلك، والحسن بن علي، فإن كان السكوت إجماعاً فهذا هو الأول فينبغي ترجيحه.
فإن قيل: إن جميع ما جاء في السنة عن النبي بخصوص العقوبة يدل على أنها لم تكن مقدرة في =

ومنها: أنه يحرم على المسلم تَمْلِيكُها وتملُّكُها بسائر أسباب الملك من البيع والشراء وغير ذلك؛ لأن كل ذلك انتفاع بالخمر وأنها محرمة الانتفاع على المسلم.

وروي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «يَا أَهْلَ المَدِينَةِ إِنَّ اللَّهَ (تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ) قَدْ أَنْزَلَ تَحْرِيمَ الخَمْرِ، فَمَنْ كَتَبَ هٰذِهِ الآيَةَ وَعِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْهَا فَلاَ يَشْرَبْهَا وَلاَ يَبِيْعَهَا»[1] فسكبوها في طرق المدينة، إلاَّ أنها تورث؛ لأن الملك في الموروث ثبت شرعاً من غير صنع العبد، فلا يكون ذلك من باب التمليك والتملك، والخمر إِن لم تكن متقومة فهي مال عندنا، فكانت قابلة للملك في الجملة.

ومنها: أنه لا يضمن متلفها إذا كانت لمسلم؛ لأنها ليست متقومة في حق المسلم، وإن كانت مالاً في حقه، وإتلاف مال غير متقوم لا يوجب الضمان، وَإِن كانت لذميٍّ يضمن عندنا؛ خلافاً للشافعي (رحمه الله) وهي من مسائل الغصب.

ومنها: أنها نجسةٌ غليظة[2] حتى لو أصاب ثوباً أكثر من قدر الدرهم يَمْنَعُ جواز الصلاة؛

= عهده ﷺ تقديراً مضبوطاً بعد ولا يزاد عليه ولا ينقص منه، فكيف لساغ لأصحابه من بعده أن يقدروها بحد محدود لا ينقص منه ولا يزاد عليه؟

فالجواب ما ذكره صاحب فتح القدير بقوله: «وإنما جاز لهم أن يجمعوا على تعينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه، ثم رأوا أن أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب بن يزيد «كنا نؤتي بالشارب على عهد رسول الله وأمرة أبي بكر وصدراً من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا وأرديتنا ونعالنا حتى كان آخر أمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين» وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم.

(١) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٢/٥٥٨) وعزاه للبيهقي في شعب الإيمان عن أبي هريرة.

(٢) اختلف فقهاء الإسلام في حكم نجاسة الخمر، أو طهارتها:

فذهب الجمهور إلى نجاسة الخمر المتخذة من نيء عصير العنب المسكر، وذهب آخرون: إلى طهارتها: ذكر منهم النووي في المجمع وشرح مسلم ربيعة شيخ مالك، والليث بن سعد، وداود، ونسبة الأسنوي في حاشية عميرة، والقرطبي إلى المزني صاحب الشافعي وبعض المتأخرين من البغداديين والقرويين.

استدل الجمهور بالكتاب، والسنة، والأثر، والمعقول، والإجماع:

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رِجْسٌ من عَمَلِ الشيطان فاجتنبوه. . . . .﴾ الآية.

وجه الدلالة: أن الله تعالى سمى الخمر، وما عطف عليها رجساً والرجس النجس وأمر باجتنابها مطلقاً، والقول بطهارتها ينافي الأمر المطلق باجتنابها.

قال القرطبي: «فهم الجمهور من تحريم الخمر، واستخباث الشرع لها، وإطلاق الرجس عليها، والأمر باجتنابها الحكم بنجاستها». =

....

= وقال ابن حجر الهيثمي: «الخمر المتخذة من عصير العنب نجسة، لأن الله تعالى سمّاها رجساً، والرجس شرعاً: النجس، ولا يلزم منه نجاسة ما بعدها في الآية؛ لأن الرجس إما مجاز فيه، والجمع بين الحقيقة والمجاز جائز، وعلى امتناعه؛ وهو ما عليه الأكثرون هو من عموم المجاز، أو حقيقة في غير الخمر؛ لأنه يطلق أيضاً على مطلق المستقذر، واستعمال المشترك في معانيه جائز، استغناء بالقرينة، كما في الآية.

وأما السنة، فمنها ما يأتي:

الأول: ما رواه مسلم، وأحمد، والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان لرسول الله ﷺ صديق من ثقيف، أو دوس لقيه يوم الفتح براحلة أو راوية من خمر يهديها إليه، فقال: يا فلان، «أما علمت أن الله حرمها»؟ فأقبل الرجل على غلامه، فقال: اذهب فبعها، فقال الرسول ﷺ: «إن الذي حَرَّمَ شربها حرم بيعها، فأمر بها، فأفرغت في البطحاء».

الثاني: ما رواه الشيخان، وأحمد، عن أنس رضي الله عنه قال: كنت أسقي أبا عبيدة وأُبي بن كعب من فضيخ زهو وتمر، فجاءهم آت، فقال: إن الخمر حرمت، فقال أبو طلحة: قم يا أنس، فأهرقها، فأهرقتها.

وجه الدلالة: أن هؤلاء الصحابة أراقوا ما كان عندهم من الفضيخ حين علموا بتحريم الخمر، وعلم بذلك الرسول عليه الصلاة والسلام وأقرهم على الإراقة، بل أمرهم بها، فدل ذلك على نجاسة الخمر؛ إذ لو كانت طاهرة، لنهاهم عن الإراقة؛ لما فيها من تضييع المال المحرم إضاعته.

وأما الأثر: فما رواه البيهقي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب الناس، فقال: «لا يحل خل من خمر قد أفسدت، حتى يبدأ الله إفسادها، فعند ذلك تطهر، ويطيب خلها».

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب خطب الناس، وبين لهم أن خل الخمر لا يحل، حتى يبدأ الله بإفسادها، بدون تدخل لآدمي في الإفساد، وعند ذلك تحل وتطهر، وهذا مشعر بأن الخمر قبل إفساد الله لها بالتخلل كانت نجسة.

وأما المعقول: فمن وجوه:

الأول: قالوا: إنها محرمة العين، فتكون نجسة؛ كالخنزير.

الثاني: قالوا: إنها محرمة العين، فكانت نجسة؛ كالبول.

الثالث: قالوا: إنها محرمة، فكانت نجسة، كالدم.

الرابع: قالوا: إنها نجسة؛ تغليظاً، وزجراً عنها؛ قياساً على الكلب، وما ولغ فيه.

وأما الإجماع: فقال النووي في المجموع: نقل الشيخ أبو حامد الإجماع على نجاستها.

وقال الخطيب في مغني المحتاج: «استدل على نجاسة الخمر الشيخ أبو حامد بالإجماع، وحمل على إجماع الصحابة» وقال الشيخ عميرة: قد استدل على نجاستها بالإجماع، حكاه أبو حامد، وابن عبد البر. قال الأسنوي: وكأنهما أرادا إجماع الطبقة المتأخرة من المجتهدين، وإلا فقد خالف في ذلك ربيعة شيخ مالك، والمزني واستدل القائلون بالطهارة بالسنة، والمعقول:

أما السُّنة: فما سبق للجمهور، وقالوا في توجيهها: قال القرطبي: واستدل سعيد بن الحداد القروي على طهارتها بسفكها في طرق المدينة، قال: ولو كانت نجسة، لما فعل ذلك الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ولما أقرهم الرسول عليه السلام على ذلك، بل ولما أمرهم بذلك، ولنهاهم عن الإراقة؛ كما نهى =

....

= عن التخلي في الطرق.
وأما المعقول: فقالوا: لا تلازم بين حرمة التعاطي والنجاسة، فمن المحرم ما هو طاهر إجماعاً؛ كسم النبات، وكالأفيون، والحشيش، فتكون الخمر مثلها في التحريم، والطهارة.
ورد على الجمهور في الآية أن الرجس لا يدل على النجاسة؛ لأنه عند أهل اللغة اسم لكل مستقذر، ولو كان طاهراً كالبصاق، والأمر بالاجتناب لا يلزم منه النجاسة، قال النووي: ولا يظهر من الآية دلالة ظاهرة على النجاسة، لأن الرجس عند أهل اللغة القذر، ولا يلزم منه النجاسة، وكذا الأمر بالاجتناب لا يلزم منه النجاسة وأورد ابن قاسم على قول ابن حجر: إن الرجس في الآية إن كان من قبيل عموم المجاز، فهو مستعمل في القدر المشترك بين النجس وغيره مجازاً، فلا يدل على المطلوب، إلا بقرينة تفهم أن المراد به بالنسبة للخمر هو النجس، وأي قرينة لذلك؟
وأجيب عن ذلك: بأن القرينة عدم المانع من إرادة المعنى الحقيقي بالنسبة للخمر، ووجوده بالنسبة لما عداها وهو الإجماع.
وأورد عليه أيضاً أنه إن كان من قبيل استعمال المشترك في معنييه، فلا بد من قرينة تدل على أحد المعنيين الراجع للخمر هو النجس، وأي قرينة لذلك؟
وأجيب عن ذلك: بأن القرينة بالنسبة للخمر اشتهار الرجس في النجس، وبالنسبة لما عداها الإجماع.
وورد عليهم في السنة أن الإراقة لا تدل على النجاسة؛ لأنهم إنما أراقوها؛ لتحريمها لا لنجاستها، وقد كان العهد قريباً بتحريم الخمر، فلم ينكر عليهم النبي ﷺ أمر الإراقة، بل أمرهم بها، ليشتهر بها أمر التحريم؛ كما اشتهر بنداء المنادي الذي أمره الرسول عليه السلام بالطواف في أرجاء المدينة؛ ليبلغ أهلها أمر التحريم؛ ولذلك لم يأمرهم النبي بإراقتها مطلقاً في أي مكان، بل أمرهم بإراقتها في الأماكن البارزة التي يكثر فيها المرور، ليعلم أمر التحريم كل من مر بها، ويبلغه غيره.
وورد عليهم في الأثر أنه ليس نصاً في إفادة الطهارة التي هي ضد النجاسة، حتى يَدُلَّ على نجاستها قبل إفساد الله لها بالتخلل؛ لأن الطهر في اللغة: النقاء من الدنس والنجس، يقال فلان طاهر الذيل، أي بريء من العيب، والخمر إذا تخللت بنفسها، فقد بعدت عن الذم والعيب من جهة أنها لا تفسد العقل والبدن، ومن جهة أنه لم يرتكب ذنب في طريق حلها، قال في المصباح: «طهر الشيء من بابي: قتل، وقرب طهارة» والاسم الطهر، وهو النقاء من الدنس والنجس، وهو طاهر العرض أي: بريء من العيب، وقد قيل للحالة المناقضة للحيض طهر.
ولو سلمنا أن الظاهر منه الطهارة التي هي ضد النجاسة، فيدل على نجاستها قبل التخلل، لقلنا: إنه رأى له مما للاجتهاد فيه مجال. وورد عليهم في المعقول ما يأتي:
أما قياسها على الخنزير: فإنا لا نسلم أن الحكم بالتحريم يستدعي الحكم بالنجاسة؛ لأن الخنزير إن كان حياً، فنجاسته غير متفق عليها؛ لأن الإمام مالكاً رضي الله عنه يقول بطهارة كل حي، وإن كان كلباً أو خنزيراً، وإن كان ميتاً فهو نجس بأدلة نجاسة الميتة من السنة، فلم يتم الياس حتى ينتج الحكم بالنجاسة؛ ومثل ذلك يرد على قياسها على الكلب، وما ولغ فيه.
وأما قياسها على البول: فلا يتم أيضاً، لأن نجس العين ما كان شديد القذارة، كالبول، والغائط مما تعافه النفس، ويقشعر منه الجلد، والخمر ليست قذرة العين، وإنما قذارتها من جهة أنها سبب للغضب والعذاب، فلم يكن الجامع بينهما القذارة الحسية. =

....

= وأما قياسها على الدم: فقد قال الإمام النووي: لا دلالة فيه على النجاسة لوجهين:

الأول: أنه منتقص بالمخاط والبصاق وغيرهما، مما حرم تناوله مع طهارته.

الثاني: أن العلة في منع تناولهما مختلفة، فلا يصح القياس؛ لأن المنع من الدم؛ لكونه مستخبثاً، والمنع من الخمر، لكونها سبباً للعداوة، والبغضاء والصد عن ذكر الله، وعن الصلاة؛ كما صرحت الآية الكريمة.

وورد عليهم في الإجماع أنه لم يصح؛ لأن ممن نقله الإمام الغزالي، وقد نقل عنه الإمام النووي في المجموع أنه قال بطهارة الخمر المحترمة، والتي استمالت خمراً في باطن حبات العنب، وقال النووي: «إن أقرب ما يقال في نجاستها، ما ذكره الغزالي: إن حكم نجاستها، تغليظاً وزجراً عنها؛ قياساً على الكلب، وما ولغ فيه، فلو كان الإمام الغزالي ممن نقل الإجماع على نجاستها؛ لما كان له أن يخالفه، ويقول بطهارة بعض أنواعها، ولما كان له أن يستدل على نجاستها بقياس لم يسلم له الاتفاق على حكم أصله، وقد اضطرب نقل الإجماع: فبعضهم ينقل أنه إجماع الصحابة، وبعضهم بنقل أنه إجماع الطبقة المتأخرة من المجتهدين، لأن ربيعة شيخ مالك، والمزني، وغيرهما خالفوا في نجاستها، وما كان هذا شأنه من الإجماع، فلا ينهض على إثبات الحكم بالنجاسة مع الاختلاف فيه قديماً وحديثاً.

وورد على القائلين بالطهارة في السنة: إن الإراقة، والأمر بها لا يدل على الطهارة، فقد تراق القاذورات النجسة في الطرقات، إن لم يكن سبيل إلى الخلاص منها إلا بذلك، وهكذا كان شأن أهل المدينة لا مرافق في بيوتهم؛ لأنهم كانوا يتقذرون من اتخاذها، وتكليفهم إخراجها إلى خارج المدينة فيه كلفة، ومشقة، مع ما فيه من تأخير ما وجب على الفور، وإنما نهى النبي ﷺ عن التخلي في الطرق؛ لأن المتخلي يعرض نفسه للعن الناس له؛ بسبب إيذائه لهم، وهكذا الأمر من بدء الخلق إلى اليوم يمر الشخص بطريق، فيرى فيه عذرة آدمي، فتنقبض نفسه، ويقشعر جلده، وإذا مر بقذر آخر لا يجد من نفسه هذا التأثر والانقباض؛ فالأمر بالإراقة كان للمبالغة في التحريم، حتى يقلع الناس عنها بعد أن تمكن حبها من نفوسهم، ولذا أمرهم النبي عليه السلام بإراقتها في الأماكن المطروقة؛ ليشيع أمر تحريمها، فيعمل الناس بذلك.

هذه أدلة الطرفين، ومناقشتها، وأرادها غير منتجة لمطلوب كل منهما، إلا معقول القائلين بالطهارة، أما استدلال الجمهور بقول الله تعالى: ﴿رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ فهو غير ناهض على إثبات النجاسة؛ لأن الرجس في اللغة: القذر والغضب والنتن والمأثم، وكل مستقذر من العمل، والعمل المؤدي إلى العذاب والشك، قال في لسان العرب: قال الفراء في قول الله تعالى: ﴿ويجعل الرجس على الذين لا يعقلون﴾ إنه العقاب والغضب.

وقال ابن الكلبي في قول الله: ﴿فإن رجس أو فسقاً أهل لغير الله به﴾ الرجس: المأثم.

وقال مجاهد في قول الله تعالى: ﴿كذلك يجعل الله الرجس﴾ قال: الرجس: ما لا خير فيه.

قال أبو جعفر في قول الله: ﴿إنما يريد الله أن يذهب عنكم الرجس أهل البيت﴾ الرجس: الشك، وفي التنزيل: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان﴾ قال الزجاج: الرجس في اللغة: اسم لكل مستقذر من عمل، فبالغ الله في ذم هذه الأشياء المذكورة، وسماها رجساً، ويقال: رجس الرجل بالضم رجساً بالفتح، ورجس بالكسر يرجس بالفتح، إذا عمل عملاً قبيحاً، =

....

= والرجس بالفتح: شدة الصوت، فكأن الرجس العمل الذي يقبح ذكره، ويرتفع بالقبح.
وقال ابن الكلبي: ﴿رجس من عمل الشيطان﴾ أي: مأثم من عمل الشيطان.
وقال الراغب في المفردات: «الرجس» الشيء القذر يقال: رجل رجس، ورجال أرجاس، قال تعالى: ﴿رجس من عمل الشيطان﴾، والرجس يكون على أربعة أوجه: إما من حيث الطبع، وإما من جهة العقل، وإما من جهة الشرع، وإما من كل ذلك؛ كالميتة، فإنها تعاف طبعاً وعقلاً وشرعاً، والرجس من جهة الشرع الخمر، والميسر، وقيل: ذلك رجس من جهة العقل، وعلى ذلك نبه بقوله: ﴿وإثمهما أكبر من نفعهما﴾ لأن كل ما يوفى إثمه على نفعه، فالعقل يقتضي اجتنابه، وجعل الكافرين رجساً من حيث إن الشرك بالعقل أقبح الأشياء، قال تعالى: ﴿وأما الذين في قلوبهم مرض فزادتهم رجساً إلى رجسهم﴾ وقوله تعالى: ﴿ويجعل الرجس على الذين لا يعقلون﴾ قيل: النتن وقيل: العذاب؛ وذلك كقوله: ﴿إنما المشركون نجس﴾ وقال: أو لحم خنزير فإنه رجس، وذلك من حيث الشرع.
وعن ابن عباس: «الرجس في الآية: السخط» وعن جابر بن زيد «الرجس: الشر»، وعن غيرهما: «الرجس: المأثم».
وإذا كان الأمر كما سبق وهو أن الرجس يطلق في اللغة على جميع ما تقدم، ولا قرينة في الآية تدل على حمله على الرجس الحسي، بل قرن الخمر بما بعدها، والحكم على الجميع بأنه رجس من عمل الشيطان يرجح أن المراد به إنما هو الرجس المعنوي، وهو ما ينفر منه العقل، لسوء عاقبته، والمذكورات في الآية تشترك جميعها في هذا المعنى، فهي سبب للغضب، والعقاب، والإثم، والعذاب، وجعل الرجس في جانب الخمر بمعنى النجاسة، وفي جانب غيرها لا على هذا المعنى تحكم، وتفريق بين المجتمعات في الحكم بدون دليل، بل دل الدليل على خلافه، فإن قول الله تعالى: ﴿رجس من عمل الشيطان﴾ كالصريح في كون الرجس معنوياً، وهو محمول على الجميع من الخمر، وما عطف عليها؛ لأن الأصل في الإخبار عن المبتدأ، وما عطف عليه، ولا قرينة في الآية تدل على خلافه، إما بتقدير مضاف، كالشأن أو التعاطي، وإما لأنه على صورة المصدر، فيستوي فيه القليل، والكثير. وأما جعله خبراً عن الخمر فقط، وخبر ما عطف عليها محذوف، فخلاف الظاهر المتبادر من السياق، ولا قرينة في الآية تدل عليه فإن قيل: إن القرينة الإجماع على طهارة ما عطف على الخمر قلنا: فما هي القرينة قبل الإجماع؟ وهل كان الجميع طاهراً أم نجساً قبله؟
وحسبي في هذا المقام قول الإمام النووي: «واحتج أصحابنا بالآية الكريم، قالوا: ولا يضر قرن الميسر والأنصاب، والأزلام بها، لأن هذه الأشياء طاهرة، لأن هذه الثلاثة خرجت بالإجماع فبقيت الخمر على مقتضى الكلام، ولا يظهر من الآية دلالة ظاهرة؛ لأن الرجس في اللغة: القذر، ولا يلزم منه النجاسة، وكذا الأمر بالاجتناب لا يلزم منه النجاسة:
وأما استدلال الطرفين بالسنة: فلا يشم منه رائحة الدلالة على الطهارة، أو النجاسة؛ لأن الإراقة، والأمر بها كان يقصد شهرة التحريم، وإبلاغه إلى الجميع، وما كان كذلك لا يستلزم الحكم بالنجاسة، ولا بالطهارة؛ لأن القاذورات قد تراق في الطرقات، إن لم يكن بد من إراقتها، وقد كان أهل المدينة لا يتخذون المرافق في بيوتهم؛ لأنهم يتقذرون منها، قالت عائشة رضي الله عنها: «إنهم كانوا يتقذرون من اتخاذ الكُنُفِ في البيوت»، ونقلها إلى خارج المدينة فيه كلفة، ومشقة، ويلزم منه تأخير ما وجب على =

....

= الفور، على أنه كان يمكن التحرز منها على فرض نجاستها، فإن طرق المدينة واسعة، ولم تكن الخمر من الكثرة، بحيث تصير نهراً يعم الطريق، وإنما جرت في مواضع يسيرة يمكن التحفظ منها وأما معقول الجمهور: فلم يسلم واحد من وجوهه الأربعة كما سبق.

وأما الإجماع: فلم يصح.

قال الشيخ السمسطاوي: هذا ما استدل به الطرفان وما ورد عليه، ومع احترامي لمذهب الجمهور فإنه لم يظهر لي دليل ناهض ينتج مذهبهم إلا ما يحتمله أثر الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقد قدمنا أنه محتمل ومع الاحتمال لا يتم الاستدلال، ولو سلم ظهوره في الطهارة التي هي ضد النجاسة لكان رأياً له مما للاجتهاد فيه مجال، ولذا قال الإمام النووي: «وأقرب ما يقال في نجاستها ما ذكره الغزالي أنه حكم بنجاستها تغليظاً وزجراً عنها قياساً على الكلب وما ولغ فيه وقد أسلفنا أن هذا لم يتم لعدم الاتفاق على حكم أصله لذلك فإني أختار القول بالطهارة مستنداً في ذلك إلى أن الأصل في الأعيان الطهارة حتى يثبت ما يخرجها عن هذا الأصل من الدليل الناهض، وما رأيته بعد، والحكم بحرمة التناول لا يستلزم الحكم بنجاسة المعين لا بمطابقة ولا يتضمن ولا بالتزام وإذا كانت الخمر نجسة في شريعة الإسلام فما الذي دعا رسول الله ﷺ إلى ترك النصوص الدالة على ذلك إلى وفاته وفي ذلك تأخير البيان عن وقت الحاجة وهو ممتنع اتفاقاً مع أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يترك أمراً من الأمور إلا مبيناً، وها هي ذي النصوص العديدة في أبواب الخمر الكثيرة من التحريم إلى حرمة التداوي إلى حرمة البيع والاهداء ونحوها ولم نجد نصاً واحداً منه ﷺ نستند إليه في مبحث النجاسة، ولذا صرح العلماء بأنهم حكموا بنجاستها تغليظاً وزجراً عنها.

هذا وقد رأيت في مجموع الإمام النووي أن إمام الحرمين والغزالي قالا بطهارة الخمر المحترمة والتي استحالت خمراً في باطن حبات العنب قال الإمام النووي فرع الخمر نوعان محترمة وغيرها فالمحترمة هي التي اتخذ عصيرها ليصير خلاً، وغيرها ما اتخذ عصيرها للخميرة.

هذا ـ وأما النبيذ المسكر فحكمه في النجاسة حكم الخمر المتفق عليها عند المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم من الفقهاء حملاً على الخمر وهو رأي محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة.

وأما الحنفية فإنهم قائلون بنجاسة الأنبذة الثلاثة المحرمة عندهم فحسب قياساً على الخمر.

وحكى النووي في المجموع عن صاحب البيان من الشافعية وجهاً: أن النبيذ المسكر طاهر لاختلاف العلماء في إباحة قليله.

هذا ـ وإذا لم ينهى الدليل على نجاسة الخمر التي من نيء عصير العنب المشتد فالنبيذ مع الاختلاف فيه على ما سبق أولى.

قال صديق حسن خان في كتاب الروضة البهية: «والأصل الطهارة فلا ينقل عنها إلا ناقل صحيح لم يعارضه ما يساويه أو يقدم عليه، لأن كون الأصل الطهارة معلوم من كليات الشريعة المطهرة وجزئياتها ولا ريب أن الحكم بنجاسة شيء يستلزم تكليف العباد بحكم شرعي والأصل البراءة من ذلك لا سيما إذ كان ذلك من الأمور التي تعم بها البلوى، وقد أرشدنا الرسول ﷺ إلى السكوت عن الأمور التي سكت الله عنها وأنها عفو فما لم يرد فيه شيء من الأدلة الدالة على نجاسته فليس لأحد من العباد أن يحكم بنجاسته بمجرد رأيه كما يدعيه بعض أهل العلم من نجاسة ما حرم الله تناوله زاعماً أن النجاسة =

لأن الله (تبارك وتعالى) سمَّاها رجساً في كتابه الكريم؛ بقوله: ﴿رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠] ولو بل بها الحنطة فغسلتْ وجففتْ وطحنَتْ، فإن لم يوجد منها طعم الخمر ورائحتها يحلُّ أكله، وإن وجد لا يحل؛ لأن قيام الطعم والرائحة دليلُ بقاء أجزاء الخمر، وزوالها دليلُ زوالها، ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت، فإن ذبحت ساعة ما سقيت به تحلُّ من غير كراهةٍ؛ لأنها في أمعائها بعد فتطهر بالغسل، وإن مضى عليها يوم أو أكثر تحل مع الكراهة لاحتمالِ أنها تفرقت في العروق والأعصاب.

ومنها: إذا تَخَلَّلَتْ بنفسها يحلُّ شربُ الخل بلا خلاف[1]؛ لقوله (عليه السلام): «نِعْمَ

= والتحريم متلازمان، وهذا لزعم من أبطل الباطلات فالتحريم للشيء لا يدل على نجاسته بمطابقة ولا تضمن ولا التزام فتحريم الخمر والميتة والدم لا يدل على نجاستها إلا أن ورد عن الشارع ما يدل على النجاسة، وقد ورد ما أفاد نجاسة الدم والميتة من السنة، روى الشيخان وأحمد عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: إحدانا يصيب ثوبها من دم الحيض كيف تصنع؟ فقال: تحته ثم تقرصه بالماء ثم تنضحه ثم تصلي فيه». وروى الدارقطني والإمام أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله ﷺ فقال: «هلا أخذتم أهابها فدبغتموه فانتفعتم به؟ فقالوا: إنها ميتة، قال يطهرها الماء والقرظ». فهذان النصان عن رسول الله ﷺ ولا على نجاسة بعض ما حرم الله تناوله، ولولا ورودهما ما كان لأحد أن يحكم بالنجاسة بمجرد التحريم أما الخمر فإنه لم يرد في نجاستها سنة من السنن ولا أثر لم يخل عن احتمال ولذا قال صاحب سبل السلام: «والحق أن الأصل في الأعيان الطهارة وأن التحريم لا يلازم النجاسة فإن الحشيشة محرمة طاهرة وكذا المخدرات والسموم القاتلة لا دليل على نجاستها، وأما النجاسة فيلازمها التحريم فكل نجس محرم وليس كل محرم نجساً وذلك لأن الحكم في النجاسة هو المنع من ملابستها على كل حال، فالحكم بالنجاسة للعين حكم بتحريمها بخلاف الحكم بالتحريم فإنه لا يستلزم النجاسة الشرعية كالمخاط والبصاق فإنه يحرم تعاطيهما مع طهارتهما شرعاً فإذا عرفت هذا فتحريم الخمر الذي دلت عليه النصوص لا يلزم منه نجاستها، بل لا بد من دليل آخر عليها وإلا بقيت على الأصل المتفق عليه من الطهارة فمن ادعى خلافه فالدليل عليه.

ينظر: أحكام الخمور لشيخنا حسين السمطاوي المجموع للنووي (٢/ ٥٧٤) تفسير القرطبي (٦/ ٢٨٨)، نيل الأوطار (٨/ ١٤١)، الهداية (٨/ ١٥٧) التحفة وحواشيها (١/ ٢٨٨).

(١) اختلفوا في نجاسة الخمر، وطهارتها: فذهب فريق إلى الطهارة، وذهب الجمهور إلى النجاسة.
والقائلون بالنجاسة اختلفوا في حكم الطهارة بالتخليل، ولبيان الحكم عندهم في ذلك نقول:
اتفق القائلون بنجاسة الخمر على أنها إذا تخللت بنفسها طهرت، إلا ما حكي عن سحنون المالكي: أنها لا تطهر.
قال النووي في شرح مسلم: «أجمعوا على أن الخمر إذا انقلبت بنفسها خلاً طهرت، وقد حكي عن سحنون المالكي أنها لا تطهر، فإن صح عنه فهو محجوج بإجماع من قبله».
واختلفوا في حكم التخليل، وتأثيره في الطهارة، سواء أكان التخليل بوضع شيء فيها، أم بنقلها من مكان إلى آخر ونحوه: =

....

= فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن التخليل حرام، ولا تطهر به الخمر إن كان بوضع شيء فيها، أما إن كان بنقلها من مكان إلى آخر ونحوه، فأصح الوجهين في المذهبين أنها تطهر.
وذهب الحنفية: إلى أن التخليل مباح، وتطهر به الخمر، وهو أحد قولي المالكية، وذهب الظاهرية إلى حرمة التخليل مع الطهارة به، وهو أحد قول المالكية.
استدل الشافعية والحنابلة بالسنة، والأثر، والمعقول:
أما السُنة: فمنها ما يأتي:
الأول: ما رواه مسلم، وأحمد، وأبو داود، عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال: لا.
الثاني: ما رواه أحمد، وأبو داود عنه أيضاً، أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً؟ قال أهرقها، قال: أفلا نجعلها خلاًّ؟ قال: لا.
الثالث: ما رواه أحمد، والدارقطني عنه أيضاً؛ أن يتيماً كان في حجر أبي طلحة، فاشترى له خمراً، فلما حرمت سئل النبي ﷺ أتتخذ خلاًّ؟ قال: لا.
الرابع: ما رواه أحمد، عن أبي سعيد قال: قلنا يا رسول الله لمّا حرمت الخمر؟ إن عندنا خمر اليتيم لنا فأمرنا فأهرقناها.
الخامس: ما رواه مسلم عن أبي سعيد رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يخطب بـ«المدينة» فقال: أيها الناس إن الله تعالى يعرض بالخمر، ولعلّ الله سينزل فيها أمراً، فمن كان عنده منها شيء فليبعه، ولينتفع به، قال: فما لبثنا إلا يسيراً حتى قال الرسول ﷺ: «إن الله تعالى حرم الخمر، فمن أدركته هذه الآية ـ وعنده شيء منها ـ فلا يشرب ولا يبع»، فاستقبل الناس بها طرق «المدينة» فسفكوها.
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى أصحابه عن اتخاذ الخل من الخمر ولو كانت ليتامى وأمرهم بإراقتها، ولو كان هناك سبيل إلى إصلاحها، والانتفاع بها، لأرشدهم إليه ولنهاهم عن إضاعتها، وإتلافها؛ كما نصحهم، وحثهم على الانتفاع بها قبل تحريمها، لما توقع نزول التحريم القاطع، وكما نبه أهل الشاة الميتة على دباغ جلدها، والانتفاع به، والنهي حقيقة التحريم، ولم يوجد له صارف، والفعل المحرم لا يكون سبباً في الحل، كذبح الشاة في غير مذبحها.
وأما الأثر فما رواه البيهقي، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب الناس، فقال: «لا يحل خل من خمر قد أفسدت، حتى يبدأ الله إفسادها، فعند ذلك تطهر، ويطيب خلها ولا بأس بأن يشتروا من أهل الذمة خلاًّ، ما لم يتعمدوا إفساده».
وجه الدلالة أن عمر بن الخطاب خطب الناس، وبيَّن لهم أن خل الخمر التي تعالج لا يحل، وأما التي يحل خلها: فهي التي خللت بنفسها، وهذا قول ينتشر، وخاصة من مثل عمر رضي الله عنه ولم يعلم له منكر، فكان كالإجماع على حرمة التخليل، وعدم التطهير، وقد بالغ ابن قدامة، فقال: «ولأن إجماع الصحابة» ثم ساق الأثر المذكور.
وأما المعقول: فمنه ما يأتي:
الأول: قالوا: إذا خللت الخمر بطرح شيء فيها، فإن ما طرح فيها يتنجس بها عند الملاقاة، فإذا خللت تنجست هي به، فلا تطهر.
الثاني: قالوا: إن التخليل حرام؛ لصحة النهي عنه بدون صارف له عن حقيقة، والنهي للتحريم، والفعل =

....

= المحرم شرعاً لا يكون سبباً للحل، كذبح الشاة في غير مذبحها.
الثالث: قالوا: إنه استعجل حدوث الخل بالتخليل قبل أوانه، فعوقب بنقيض قصده؛ كمن باشر قتل مورثه، يحرم من الميراث، لمباشرته فعلاً حراماً، بخلاف ما إذا مات بنفسه، وقد جرى على ألسنة الفقهاء «من طلب الشيء قبل أوانه، عوقب بحرمانه».
وللحنفية: واستدل الحنفية بالسنة، والأثر، والمعقول:
أما السُّنة، فمنها ما يأتي:
الأول: ما رواه مسلم، والنسائي، عن أبي طلحة بن نافع، عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «نعم الإدام الخل».
الثاني: ما رواه البيهقي في المعرفة، عن المغيرة بن زياد، عن أبي الزبير، عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «خير خلكم خل خمركم».
الثالث: ما أخرجه الدارقطني في سننه، عن فرج بن فضالة، عن يحيى بن سعيد، عن عمرة، عن أم سلمة رضي الله عنها، أنها كانت لها شاة تحتلبها، ففقدها النبي ﷺ فقال: «ما فعلت الشاة»؟ قالوا: ماتت، قال: «أفلا انتفعتم بإهابها»، فقلنا: إنها ميته، فقال عليه السلام: «إن دباغها يحله؛ كما يحل خل الخمر».
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ مدح الخل مطلقاً، وبين أن خير الحل ما كان من الخمر، ولم يفصل بين ما كان بعلاج، وما كان بغير علاج؛ فدل ذلك على جواز التخليل، واتخاذ الخل من الخمر بالعلاج، وقد أرشدنا في الحديث الثالث إلى جواز الاتخاذ بالمعالجة، كدبغ جلد الميتة.
وأما الأثر: فما رواه ابن حزم، عن علي كرم الله وجهه أنه كان يصطبغ بالخل.
وروي أيضاً: أن اثنين من أصحاب معاذ اختلفا في خل الخمر، فسألا أبا الدرداء فقال: لا بأس به.
وروي أيضاً عن مسربل العبدي، عن أمه قالت: سألت عائشة أم المؤمنين عن خل الخمر؟ فقالت: «لا بأس به هو إدام».
وجه الدلالة أن هؤلاء الصحابة كانوا يستعملون الخل، وإن كان من الخمر، ولا يرون به بأساً، فدل ذلك على جواز التخليل والطهارة.
وأما المعقول: فمنه ما يأتي:
الأول: قالوا: إن التخليل إصلاح لجوهر فاسد، فيكون من الحكمة والشرع ألا ينهى عنه؛ كدبغ جلد الميتة.
الثاني: قالوا: إذا زال الوصف المفسد من الشدة المطربة، فقد زال سبب النجاسة والتحريم، فتطهر وتحل، كما لو تخللت بنفسها.
واستدل المفصلون بما استدل به الشافعية، ومن معهم من السنة، وقالوا للمفصلين في توجيهها: إن الأحاديث دلت على النهي عن التخليل وحقيقة التحريم، إلا أن الخل يحل، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «نِعم الإدام الخل»، قال ابن حزم: فإذاً الخل حلال، فهو بيقين غير الخمر المحرمة، وإذا سقطت من العصير الحلال صفات العصير، وحلت فيه صفات الخمر، فليست تلك العين عصيراً حلالاً، بل هي خمر محرمة، وإذا سقطت عن تلك العين صفات الخمر المحرمة، وحلت فيها صفات الخل =

....

= الحلال، فليست خمراً محرمة، بل هي خل حلال، وهكذا كل ما في العالم إنما الأحكام على الأسماء، فإذا بطلت تلك الأسماء بطلت تلك الأحكام المنصوصة عليها، وحدثت لها أحكام الأسماء التي انتقلت إليها.

ولأن حرمة التخليل لا تستلزم عدم الطهارة به إذا صار الخمر خلاً؛ لأن الخل غير الخمر، فيكون طاهراً حلالاً؛ لأن الأحكام ترد على الأسماء؛ كما تقدم عن ابن حزم.

ورد على الشافعية، ومن معهم في السنة أن النهي عن التخليل ليس مقصوداً، وإنما المقصود النهي عن الاستعمال؛ كأنه يستعمل الخمر استعمال الخل في الاصطباغ به، وهو نظير ما روي أن النبي ﷺ «نهى عن تحليل الحرام، وتحريم الحلال، وأن تتخذ الدواب كراسي والمراد الاستعمال، ولما نزل قول الله تعالى: ﴿اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله﴾ قال عديّ بن حاتم رضي الله عنه: ما عبدناهم قط، قال النبي ﷺ: «أليس كانوا يأمرون وينهون، فتطيعونهم»؟ قال: نعم، فقال عليه السلام: «هو ذاك» فسر الاتخاذ بالاستعمال، وفي حديث أبي طلحة ذكر بعض الرواة، أفلا أخللها؟ قال: نعم، وإن صح ما روي، فإنما نهى عن التخليل في الابتداء للزجر عن العادة المألوفة، فقد كان يشق عليهم الانزجار عن العادة المألوفة في شرب الخمر، فأمر النبي ﷺ بإراقة الخمور، ونهى عن التخليل أولاً، مبالغة في التحريم ثم نسخ بعد ذلك.

وأجاب الشافعية: بأن حمل النهي عن التخليل على النهي عن الاستعمال خلاف الظاهر المتبادر من السياق، ولا قرينة تدل عليه، بل الدليل يدل على خلافه، فإن الصحابة كانوا يفهمون من أدلة التحريم تحريم كل وسائل الانتفاع، كالبيع والإهداء؛ ولذلك أراقوا ما كان عندهم من الخمور، وعلم بذلك الرسول عليه السلام، وأقرهم، بل أمرهم بالإراقة، روى الحميدي، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً كان يهدي لرسول الله ﷺ راوية خمر، فأهداها إليه عاماً وقد حرمت فقال النبي ﷺ: «إنها حرمت»، فقال الرجل: أفلا أبيعها؟ فقال النبي ﷺ: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها»، قال: أفلا أكارم بها اليهود؟ قال النبي ﷺ: «إن الذي حرمها حرم أن يكارم بها اليهود»، قال: فكيف أصنع بها؟ قال: «شنها على البطحاء».

وأما ما نسبوه إلى بعض الرواة في حديث أبي طلحة، من أن النبي ﷺ قال له: «نعم» فلم ترد هذه الزيادة في المسانيد الصحيحة، ولا في السنن، وعلى تقدير ورودها، فإنما قصد منها التقريع؛ لكثرة إلحاح أبي طلحة في سؤال التخليل.

وأما الجواب على ادعاء النسخ، فسأذكر فيه كلمة ابن تيمية قال رحمه الله: فإن قيل هو منسوخ؛ لأنه كان في أول الإسلام، فأمروا بذلك، كما امروا بكسر الآنية، وشق الظروف؛ ليمتنعوا عنها، قيل: هو غلط من وجوه:

الأول: أن أمر الله لا ينسخ إلا بأمر الله ورسوله، ولم يرد بعد هذا نص بنسخه.

الثاني: أن الخلفاء الراشدين بعد موت النبي ﷺ عملوا بهذا؛ كما ثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال: «لا تأكلوا خل خمراً إلا خمراً بدأ الله إفسادها، ولا جناح على مسلم أن يشتري من خل أهل الذمة.

فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ينهى عن خل الخمر التي قصد إفسادها، ويأذن فيما بدأ الله بإفسادها، ويرخص في شراء خل أهل الذمة؛ لأنهم لا يفسدون خمرهم، وإنما تتخلل بغير اختيارهم. =

....

= الثالث: إن الصحابة كانوا أطوع الناس لله ولرسوله؛ ولهذا لما حرم عليهم الخمر أراقوها، فإذا كانوا مع هذا نهوا عن تخليلها، وأمروا بإراقتها، فمن بعدهم من القرون أولى منهم بذلك؛ فإنهم أقل طاعة لله ولرسوله، يوضح ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه - غلظ على الناس العقوبة في شرب الخمر، حتى كان ينفي فيها؛ لأن أهل زمانه كانوا أقل اجتناباً لها من الصحابة على عهد رسول الله ﷺ - فكيف يكون زمان ليس فيه النبي عليه السلام ولا عمر؟ لا ريب أن أهله يكونون أقل اجتناباً للمحارم، فكيف تسد الذريعة عن أولئك المتقين، وتفتح لغيرهم، وهم أقل تقوى منهم؟

وأما ما يروى: «خير خلكم خل خمركم» فهذا كلام لم يقله الرسول عليه الصلاة والسلام ومن نقله عنه فقد أخطأ، ولكن هو كلام صحيح؛ فإن خل الخمر لا يكون فيه ماء، ولكن المراد التي بدأ الله بإفسادها».

وورد عليهم في المعقول الأول: أن الخل لا يتنجس بالمطروح قبل التخليل؛ كما لا ينجس بأجزاء الدَّنِّ التي تلاقي الخمر قبل التخلل.

وأجاب الشافعية بالفرق بين أجزاء الدَّنِّ والمطروح، بأن أجزاء الدن من الضروريات اللازمة للخمر، فحكم بطهارتها وطهارته، للضرورة، وإلا لما أمكن اتخاذ خل من خمر تخللت بنفسها، ولا كذلك المطروح، فإنه لا ضرورة إليه، ويمكن اتخاذ الخل من الخمر بدونه.

قال النووي: فإذا خللت، فهذا الخل نجس لعلتين: إحداهما التخليل، وثانيتهما: نجاسة المطروح بالملاقاة، فتستمر نجاستها، إذ لا مزيل لها، ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابها به طاهراً، بخلاف أجزاء الدَّنِّ، قال أصحابنا: وسواء في هذا المحترمة وغيرها، والمطروح قصداً، والواقع فيها اتفاقاً، باتقاء الريح ونحوها، وفي وجه ضعيف يجوز تخليل المحترمة، وتطهر به، وفي وجه تطهر المحترمة، وغيرها إذا طرح بلا قصد، حكاهما الرافعي، والصحيح المشهور: أنه لا فرق».

وورد عليهم في المعقول الثاني: أنا لا نسلم أن التخليل حرام، بل هو جائز؛ لأن النهي عن التخليل إنما هو نهي عن الاستعمال، وعلى تسليم أنه راجع إلى التخليل، فقد كان ذلك أولاً، ثم نسخ.

وأجاب الشافعية بما سبق، وخلاصته: أن النهي ظاهر في حرمة التخليل؛ لأن تلك حقيقة، ولم يوجد له صارف، وأما ادعاء النسخ، فقد تقدم إبطاله.

وورد على الحنفية ومن معهم في السُّنة:

أن حديث: «نعم الإدام الخل» ليس فيه تعرض لجواز اتخاذ الخل من الخمر بعلاج أو بغيره، وإنما هو مدح للخل مطلقاً، سواء أكان من غير الخمر، أم منها، فيحمل على ما كان من غيرها، أو منها بدون علاج؛ جمعاً بين الأدلة.

وأن حديث: «خير خلكم خل خمركم» لا يدل؛ لأن في سنده المغيرة بن زياد، وهو ضعيف، ويقال له: أبو هاشم المكفوف صاحب مناكير، وقيل: إنه حدث عن عطاء بن أبي رباح جملة المناكير. وإذا كان الحديث بهذه المنزلة، فلا يقوى على معارضة أحاديث الجمهور الصحيحة الصريحة في النهي عن التخليل، ولو سلمنا صحته، لما دل على جواز اتخاذ الخل من الخمر بعلاج؛ لأن كل ما فيه بيان أن خير الخل ما كان من الخمر، لعدم مزجه بالماء، وهذا لا يدل على جواز الاتخاذ بالعلاج، وليس حمله على اتخاذه منها بعلاج أولى من حمله على ما كان منها بدون علاج، بل الثاني أولى، لموافقته للأحاديث =

....

= الصحيحة المرفوعة؛ ولأنه الذي كان عليه عمل الصحابة الذي دل عليه أثر الفاروق عمر رضي الله عنه ولم يعلم له مخالف.
قال الزيلعي: تفرد به المغيرة بن زياد، وليس بالقوي، وأهل «الحجاز» يسمون خل العنب خل الخمر، قال: وإن صح، فهو محمول على اتخاذه بدون معالجة، وعليه يحمل حديث فرج بن فضالة.
وأن حديث: «إن دباغها يحله؛ كما يحل خل الخمر» لا يدل على جواز التخليل، قال ابن القيم: «تفرد به فرج بن فضالة، عن يحيى، وفرج ممن لا يحتج بحديثه، ولم يصح تخليل الخمر من وجه، وقد فسرته رواية فرج فقال: معنى أن الخمر إذا تغيرت، فصارت خلاً حلت، فعلى هذا التفسير الذي رواه الراوي يرتفع الخلاف، وقد قال الدارقطني: كان عبد الرحمن بن مهدي لا يحدث عن فرج بن فضالة، ويقول: حدث عن يحيى بن سعيد الأنصاري أحاديث مقلوبة منكرة، وقال البخاري: فرج بن فضالة منكر الحديث.
وورد عليهم في الآثار أنها لا تدل على جواز التخليل.
أما أثر علي كرم الله وجهه فلأنه فعل من أفعاله، ولم يبين لنا طريقة استحضار الخل الذي كان يصطبغ به، وهل كان من الخمر أو من غيرها؟ وإذا كان منها، فهل تخلل بنفسه، أو بمعالجة آدمي. وكذا الأثران الآخران ليس فيهما بيان كيفية اتخاذ الخل من الخمر، هل هو بعلاج، أو بدونه؟ فيحمل على ما كان بدون علاج، جمعاً بين الآثار، وقد بين المراد من الآثار جميعها أثر عمر رضي الله عنه الذي خطب به على رؤوس الأشهاد، وهو دال على حرمة التخليل، وعدم التطهير، ولم يعلم له مخالف، فهو كالإجماع على ذلك، وقد عده ابن قدامة إجماعاً؛ كما قدمنا ذلك عنه.
وورد عليهم في المعقول الأول: أنه باطل لوجهين:
الأول: أنه في مقابلة النص الصريح الصحيح في حرمة التخليل سئل النبي ﷺ عن الخمر تتخذ خلاً؟ فقال: «لا».
الثاني: أن حكم الأصل مختلف فيه، فقد قال الهادوية وغيرهم: إن الدباغ لا يطهر جلد الميتة.
وورد عليهم في المعقول الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ لأن التي تخللت بنفسها قد زالت علة نجاستها بدون علة خلفتها، فتطهر؛ كالماء إذا تغير بطول المُكْث، بخلاف التي تخللت بطرح شيء فيها، فإنها وإن كانت علة نجاستها من الشدة المطربة قد زالت، إلا أنها قد خلفتها علة أخرى، وهي نجاستها بنجاسة ما تنجس بها عند الطرح فيها قبل التخليل، فلم يتم القياس.
فإن قيل: إن سلم هذا في التخليل بطرح شيء فيها، فلا يسلم في التخليل بغير طرح شيء؛ كالنقل من مكان إلى آخر.
قلنا: إن الأصح في المذهبين فيما إذا خللت بغير طرح شيء فيها أنها تطهر، قال النووي في «المجموع»: «وأما مسألة النقل من مكان إلى آخر، كنقلها من شمس إلى ظل، أو بالعكس، فالأصح أنها تطهر، والوجهان جاريان فيما إذا فتح رأسها؛ ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة».
وقال ابن قدامة: «فأما من نقلها من موضع إلى آخر، فتخللت من غير أن يلقي فيها شيئاً، فإن لم يكن قصد تخليلها، حلت بذلك؛ لأنها تخللت بفعل الله تعالى، وإن قصد تخليلها، احتمل أن تطهر، لأنه لا فرق بينهما، إلا القصد، فلا يقتضي تحريمها، ويحتمل ألا تطهر، لأنها خللت، فلم تطهر، كما لو ألقي فيها شيء. =

....

= ولأرباب الرأي المرجوح أن يقولوا: إن الشارع الحكيم نهى عن التخليل، سواء أكان بطرح شيء فيها أم بنقلها من مكان إلى آخر ونحوه، فكان هذا العقل محرماً شرعاً؛ لمخالفة النهي، والفعل المحرم شرعاً لا يكون سبباً في الحل والانتفاع؛ كذبح الشاة في غير مذبحها.
هذه أدلة المتخالفين، ومناقشتها، وبالنظر فيها نرى أن الأدلة الدالة على حرمة التخليل مطلقاً، سواء أكان بطرح شيء فيها، أم بغيره، قوية وصحيحة، ولم يوجد لها صارف، أو ناسخ.
وأما مسألة الطهارة، أو النجاسة بالتخليل، فالذي نتبينه من مذهب المانعين للطهارة به أن العمدة فيه إنما هو مجاورة الخمر لعين تطرح فيها قبل التخليل، فتتنجس العين المطروحة بالخمر حين طرحها، فتستمر نجاسة الخمر بعد التخليل، كما كانت قبل التخليل، لمجاورتها للعين المطروحة، وهذا يفيد أنهم يقولون بطهارة الخمر عند انقلابها خلاً، ثم يحكمون بتنجيسها بمجاورة تلك العين المطروحة المتنجسة بالخمر قبل التخليل، ولذلك كان الأصح عندهم الطهارة فيما إذا كان التخليل بغير طرح شيء فيها.
فإذا كان النهي عن التخليل يقتضي عدم التطهير، فيلزمهم أن يقولوا بنجاسة الخمر إذا انقلبت خلاً لمعالجة بغير وضع شيء فيها، كالنقل من مكان إلى آخر، وهم لا يقولون به في أصح مذهبهم.
وإن كان النهي عن التخليل لا يقتضي عدم التطهير، فيلزمهم أن يقولوا بطهارة الجميع، سواء أخللت بطرح شيء فيها، أم بنقلها من مكان إلى آخر ونحوه، وحرمة التخليل شيء، ونجاسة الخل أو طهارته شيء آخر.
وكما عفى عن أجزاء الإناء التي تلاقى الخمر عند النجاسة يعفى عما ألقي فيها قبل التخليل، وإن كان الإلقاء حراماً إن كان بفعل فاعل، ويتضح بهذا أن أرجح المذاهب ما قال به المالكية، والظاهرية من حرمة التخليل، لصحة النهي عنه، وطهارة الخل.
وأما أثر عمر رضي الله عنه فليس نصًا في عدم طهارة ما تخللت بفعل فاعل، مع احتمال أنه رأى له مما للاجتهاد فيه مجال.
واتفق الفقهاء على أن الخمر التي من نيء عصير العنب المشتد يحرم على المسلم المكلف العالم بها وبتحريمها التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف وأنه لا ضمان على من أتلفها عليه أو غصبها منه سواء أكانت محترمة أم غير محترمة، ونقل النووي في المجموع أن الشيخ أبا علي السّنجي «بكسر السين المهملة وبالجيم» حكى وجهاً في الخمر المحترمة بصحة بيعها، بناء على الشاذ في طهارتها فإن صح عنه فهو محجوج بالإجماع. واختلفوا في التصرف في النبيذ وضمانه:
فذهب الجمهور إلى حرمة الانتفاع والتصرف في سائر الأنبذة المسكرة وأنه لا ضمان على من أتلفها على المسلم المذكور.
وذهب أبو حنيفة إلى أن الأنبذة الثلاثة المحرمة عنده مما سوى الخمر يحرم الانتفاع بها ويجوز التصرف فيها «بمعنى أنه يترتب عليه الأثر لا بمعنى الحل بالبيع ونحوه، وعلى من أتلفها على المسلم الضمان بالقيمة لا بالمثل».
وذهب الصاحبان إلى أن الأنبذة الثلاثة المحرمة يحرم الانتفاع بها والتصرف فيها بالبيع ونحوه، ولا يضمن من أتلفها على المسلم. أما غير تلك الأنبذة الثلاثة فيجوز التصرف فيها وعلى من أتلفها أو غصبها الضمان. =

....

= واستدل الجمهور بالسنة والأثر والمعقول:
أمّا السنة فمنها ما يأتي:
الأول: ما رواه مسلم وأحمد والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان لرسول الله ﷺ صديق من ثقيف أو دوس فلقيه يوم الفتح براحلة أو راوية من خمر يهديها إليه فقال: يا فلان أما علمت أن الله حرمها؟ فأقبل الرجل على غلامه فقال: اذهب فبعها، فقال الرسول ﷺ إن الذي حرم شربها حرم بيعها فأمر بها فأفرغت في البطحاء.
الثاني: ما رواه الحميدي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً كان يهدي لرسول الله ﷺ راوية خمر فأهداها إليه عاماً وقد حرمت فقال النبي ﷺ: «إنها قد حرمت» فقال الرجل أفلا أبيعها؟ فقال النبي ﷺ: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها»، قال: أفلا أكارم بها اليهود؟ قال النبي ﷺ: «إن الذي حرمها حرم أن يكارم بها اليهود»، قال: فكيف أصنع بها؟ قال: «شنها على البطحاء».
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ صرح بحرمة بيع الخمر وإهدائها كما صرح بحرمة شربها، ولم يبح الانتفاع بها بأي وجه، ولو بالإهداء إلى اليهود كيلا تعود بفائدة على المهدي مكافأة له على هديته ولذلك أمر أصحبه بإراقتها وإتلافها إهانة لها، ولو كانت مالاً متقوماً منتفعاً به شرعاً كما أمر بإراقتها لأن فيه إضاعة للمال. وقد نهى عن إضاعته، وإذا لم تكن الخمر مالاً متقوماً منتفاً به شرعاً فلا يجب الضمان على من أتلفها على المسلم أو غصبها منه وقد سبق أن كل شراب مسكر يسمى خمراً من غير فرق بين المتخذ من عصير العنب المشتد وغيره.
وإذا حرم شربها وبيعها وأهداؤها فلتحرم سائر التصرفات فيها. وأما الأثر فمنه ما يأتي:
الأول: ما ذكره الشافعي في كتاب الأم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال بلغ عمر بن الخطاب أن رجلاً باع خمراً فقال عمر: قاتل الله فلاناً باع خمراً أو ما تعلم أن رسول الله ﷺ قال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها».
الثاني: ما روى ابن حزم عن طاوس أنه سئل عن الطلاء فقال: «أرأيت الذي مثل العسل تأكله بالخبز وتصب عليه الماء فتشربه عليك به، ولا تقرب ما دونه ولا تشتره ولا تبعه ولا تسقه ولا تستعن بثمنه».
وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه دعا على من باع الخمر بقوله قاتل الله فلاناً، وهذه الجملة لا تذكر في العرف غالباً إلا لمن ارتكب محرماً ورأيت في لسان العرب أن الذي باع الخمر سمرة رضي الله عنه فقال عمر قاتل الله سمرة قال الخطابي إنما باع عصيراً ممن يتخذه خمراً فسماه باسم الخمر مجازاً باعتبار ما يؤول إليه كما قال تعالى: ﴿إني أراني أعصر خمراً﴾ فلهذا نقم عمر عليه. وإما أن يكون سمرة باع خمراً فلا لأنه لا يجهل تحريمه مع اشتهاره. . . . وكذلك طاوس يجيب سائله بقوله في الطلاء المستند الذي لم ينعقد ولم يصر كالعسل لاتبعه ولا تشتره ولا تستعن بثمنه إلى آخره فدل ذلك على أن الأنبذة المسكرة المتخذة من غير عصير العنب يحرم التصرف فيها بالبيع ونحوه.
وأما المعقول فقالوا الأنبذة المسكرة يحرم التصرف فيها والانتفاع بها ولا ضمان على من أتلفها على المسلم كالخمر التي من نيء عصير العنب وللإمام السنة والمعقول.
أما السنة فما سبق أنه استدل به الجمهور وقال في توجيهها: صرح النبي ﷺ في الأحاديث بحرمة بيع الخمر وإهدائها، والخمر هي النيء من عصير العنب المشتد وما عداها من الأنبذة المسكرة لا تسمى =

....

= خمراً ولا يثبت لها من الأحكام إلا ما أثبته الدليل من حرمة الشرب ووجوب الحد في السكر منها كما سيأتي.

وأما المعقول فقال: إن البيع مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه قال تعالى: ﴿أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين﴾ وهذا متحقق في النبيذ، لأنه مرغوب فيه، والمال اسم لما هو مرغوب فيه إلا أن الخمر مع كونها مرغوباً فيها لا يتصرف فيها بالبيع ونحوه للنص الوارد فيها، والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص.

واستدل الصاحبان بالمعقول فقالا أن محل البيع هو المال والمال اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعاً، ولم يوجد في الأنبذة المحرمة فلا تكون مالاً فلا يجوز بيعها كالخمر.

ورد على الإمام في السنة أنا لا نسلم أن اسم الخمر خاص بالنيء من عصير العنب المسكر حتى تقصر الأحكام عليه لما سب أن كل شراب مسكر يسمى خمراً من أي مادة اتخذ لا فرق بين ما كان متخذاً من نيء عصير العنب المشتد وما كان من غيره، وقد وافق الإمام الجمهور على حرمة الانتفاع بهذه الأنبذة المسكرة، والبيع ونحوه انتفاع بها وقد روي عن أبي هريرة عند أبي داود وعن ابن عباس عند ابن حبان وعن ابن مسعود عند الحاكم وعن بريدة عند الطبراني في الأوسط من طريق محمد بن أحمد بن أبي خيثمة بلفظ: «من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو من يتخذه خمراً فد تقحم النار على بصيرة» حسنه الحافظ.

وإذا كان هذا وعيد من يمسك العنب الحلال ليبيعه ممن يتخذه خمراً فما يكون وعيد من يمسك النبيذ الحرام ويبيعه لينتفع بثمنه؟ وورد عليه في المعقول أن محل البيع الشرعي إنما هو المال المتقدم المباح الانتفاع به حقيقة وشرعاً، ولم يتحقق هنا شرط المحل وهو الانتفاع به شرعاً بالاتفاق فلا يجوز بيعها كالخمر لأن البيع ونحوه انتفاع أيما انتفاع. وكون البيع اللغوي مبادلة شيء مرغوب فيه بآخر مرغوب فيه لا يقتضي حل بيعها شرعاً، لأن الشارع اعتبر الحقيقة البيع الشرعي شروطاً لا تتحقق الحقيقة الشرعية بدونها ككون المبيع مالاً متقوماً منتفعاً به شرعاً وهذه الأشربة ليست كذلك عند الإمام.

على أن هذا نظر والنظر لا يقاوم الأخبار والآثار الصحيحة الصريحة في النهي عن الانتفاع بها من البيع والاهداء ونحوهما وعموم النصوص شامل لكل شراب مسكر من غير فرق لما سبق أن الأصح في اسم الخمر العموم لغة لكل شراب مسكر.

وورد على الصاحبين أن قصر الأحكام على بعض الأشربة المسكرة دون بعض تحكم بعدما سبق من الدليل الدال على عموم اسم الخمر لكل شراب مسكر من أي مادة اتخذ، وكما ألحق الصاحبان هذه الأنبذة الثلاثة بخمر عصير العنب المشتد يلزمهما أن يلحقا بها سائر الأنبذة المسكرة حيث لم يقم دليل على التخصيص والذي نختاره حرمة التصرف في كل مسكر بأي نوع من أنواع التصرف لورود الأخبار الصحيحة الدال على حرمة إمساكها ووجوب إتلافها وحرمة بيعها وشربها وإهدائها ولم تفصل الأخبار بين نوع من الشراب المسكر وآخر منه ولا بين المحترمة وغيرها، ولو كان ما حرمه الله ورسوله ما لا محترماً لأمر الرسول عليه السلام بحفظه ونهى عن إضاعته وقد علمنا مما تقدم أن اسم الخمر شامل لغة لكل شراب مسكر من أي مادة اتخذ من غير فرق بين المتخذ من نيء عصير العنب والمتخذ من غيره. فإن لم يسلم ذلك لغة فالجميع خمر شرعاً يحرم الانتفاع بها بأي وجه من أوجه الانتفاع ومنه البيع والإهداء وما =

الإِدَامُ الخَلُّ»[1] وَإِنَّمَا يعرف التخلل بالتغير من المرارة إلى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة

= ماثلهما. لقول الرسول عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر» وقوله: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها» وقوله: «إن الذي حرمها حرم أن يكارم بها اليهود» كما سبق في الأحاديث.

هذا ـ والقول بإباحة التصرف فيها بالبيع ونحوه ينافيه أنه إعانة على المعصية للمشتري أو المهدي إليه، والإعانة على المعصية حرام قال تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ وإذا لم تكن الأشربة المحرمة مالاً متقوماً محترماً منتفعاً به شرعاً فلا ضمان على من غصبها أو أتلفها على المسلم لأنها واجبة الإتلاف، وقد سبق أن النبي ﷺ توعد من أمسك العنب الحلال ليبيعه ممن يتخذه خمراً بأن يتقحم النار على بصيرة فأولى بالتوعد من يمسك المسكر ويتصرف فيه بالبيع وغيره.

هذا ـ وقد اختلفوا في تعامل الذميين بها وشربهم لها.

فذهب الجمهور إلى الحرمة.

وذهب الحنفية إلى عدمها.

قال النووي في المجموع: «بيع الخمر وسائر التصرفات فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلم. وقال أبو حنيفة: لا يحرم ذلك عليهم، قال المتولي: المسألة مبنية على أصل معروف في الأصول، وهو أن الكافر عندنا مخاطب بالفروع وعندهم ليس بمخاطب» وموضع تحقيق هذا المبحث علم الأصول. فإن قيل: إنك في بحث النجاسة أو الطهارة اخترت القول بالطهارة فكيف تحرم التصرف في الخمر بالبيع ونحوه؟

قلنا: إنه لا تلازم بين الطهارة وصحة البيع الشرعي ونحوه. فكم من أشياء طاهرة ويحرم التصرف فيها شرعاً بالبيع وما شاكله ألا ترى أن الأصنام المصنوعة من الطاهر كالخشب والحجر والذهب والفضة طاهرة إجماعاً وبيعها حرام شرعاً ومثله سائر التصرفات فيها، لأنها واجبة الإتلاف ولنهي الشرع عن بيعها. روى جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة؟ فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال لا ـ هو حرام، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: قاتل الله اليهود، إن الله لمّا حرم شحومها جمولها ثم باعوه فأكلوا ثمنه» رواه الجماعة جملوه بفتح الجيم والميم أذابوه يقال جَمَله إذا أذابه والجميل الشحم المذاب.

ينظر: أحكام الخمور لشيخنا حسين حسان، الهداية (١٦٦/٨)، مغني الحنابلة (٣٤٣/١٠)، نصب الراية (٣١٠/٤، ٣١١)، نيل الأوطار (١٥٦/٨)، المبسوط (٢٤/٢٤)، سبل السلاح (٤١/١)، المجموع (٢/ ٥٧٤).

(١) أخرجه مسلم (١٢٢/٣) كتاب الأشربة: باب فضيلة الخل والتأدم به حديث (١٦٦/ ٢٠٥٢) وأبو داود (٣٨٧/٢) كتاب الأطعمة: باب في الخل حديث (٣٨٢١) والنسائي (١٤/٧) كتاب الأيمان: باب إذا حلف ألا يأتدم فأكل خبزاً بخل، وأحمد (٤٠٠/٣) والطيالسي (١/ ٣٣٠ ـ منحة) رقم (١٦٦٨) والدارمي (١٠١/٢) كتاب الأطعمة: باب أي الإدام كان أحب إلى رسول الله ﷺ، وأبو يعلى (٢٢١١، ٢٢١٨) والبيهقي (٦٣/١٠) كتاب الأيمان: باب من حلف أن لا يأكل خبر بإدام فأكله، والبغوي في «شرح السنة» (٨٤/٦ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق أبي سفيان عن جابر به.

وأخرجه أبو داود (٣٨٧/٢) كتاب الأطعمة: باب في الخل حديث (٣٨٢٠) والترمذي (٢٧٨/٤) كتاب =

أصلاً عند أبي حنيفة (رضي الله عنه) حتى لو بقي فيها بعض المرارة لا يحل.

وعند أبي يوسف ومحمد: تصير خلاً بظهور قليل الحموضة فيها، لأَنَّ مِنْ أصل أبي حنيفة (رحمه الله) أَنَّ العصير من ماء العنب لا يصير خمراً إلاَّ بعد تكامل معنى الخمرية فيه؛ فكذا الخمر لا يصير خلاً إلاَّ بعد تكامل معنى الخلية فيه، وعندهما يصير خموراً بظهور دليل الخمرية، ويصير خلاً بظهور دليل الخلية فيه، هذا إذا تخللت بنفسها، فأما إذا خللها صاحبُها بعلاج من خلٍّ أو ملحٍ أو غيرهما، فالتخليلُ جائزٌ، والخلُّ حلالٌ عندنا.

وعند الشافعي: لا يجوز التخليل ولا يحل الخل،

وإن خللها بالنقل من موضع إلى موضع، فلا شك أنه يحل عندنا، وللشافعي (رحمه الله) قولان.

واحتج بما روي أن بعد نزول تحريم الخمرِ كانت عند أبي طلحة الأنصاريِّ (رحمه الله) خمورٌ لأيتام، فجاء إلى رسول الله ﷺ وقَال: ما نصنعُ بها يا رَسُولَ اللَّهِ؟ فقال (عليه الصلاة والسلام): «أَرِقْهَا»، فقال أبو طلحة: أفلا أُخَلِّلُهَا؟ قال (عليه الصلاة والسلام): «لا»[1] نَصَّ (عليه الصلاة والسلام) على النهي عن التخليل، وحقيقة النهي للتحريم؛ ولأن في الاشتغال بالتخليل احتمال الوقوع في الفساد، ويتجنس الظاهر منه ضرورة؛ وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا تخللت بنفسها.

= الأطعمة باب ما جاء في الخل حديث (١٨٣٩) وفي «الشمائل» رقم (١٥٤) وابن ماجه (٢/ ١١٠٢) كتاب الأطعمة: باب الائتدام بالخل حديث (٣٣١٧) وأبو يعلى (١٩٨١) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٨٣ - بتحقيقنا) من طريق محارب بن دثار عن جابر به.

وأخرجه الترمذي (٤/ ٢٧٨) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في الخل حديث (١٨٣٩) من طريق مبارك بن سعيد عن سفيان عن أبي الزبير عن جابر به.

وأخرجه الطبراني في «الكبير» (٢/ ١٨٤) رقم (١٧٤٩) من طريق إسماعيل بن مسلم عن عطاء عن جابر به.

وللحديث شاهد من حديث عائشة:

أخرجه مسلم (٣٠/ ١٦٢٢) كتاب الأشربة: باب فضيلة الخل والتأدم به حديث (٢٠٥١) والترمذي (٤/ ٢٧٨) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في الخل حديث (١٨٤٠) والدارمي (٢/ ١٠١) كتاب الأطعمة: باب أي الإدام كان أحب، من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة مرفوعاً.

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦) كتاب الأشربة: باب ما جاء في الخمر تخلل حديث (٣٦٧٥) والترمذي (٣/ ٥٨٨) كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك حديث (١٢٩٣) وأحمد (٣/ ١١٩، ١٨٠، ٢٦٠) والدارمي (٢/ ١١٨) كتاب البيوع: باب النهي أن يجعل الخمر خلاً، والدارقطني (٤/ ٢٦٥) كتاب الأشربة: باب اتخاذ الخل من الخمر من حديث أنس أن أبا طلحة فذكر الحديث.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٥٧٢) كتاب الأشربة: باب تحريم تحليل الخمر حديث (١١/ ١٩٨٣) والترمذي (٣/ ٥٨٩) كتاب البيوع: باب النهي أن يتخذ الخمر خلاً حديث (١٢٩٤) عن أنس قال: سئل النبي ﷺ أتخذ الخمر خلاً؟ قال: لا. وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

ولنا ما رُوِيَ عن النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ كَالخَمْرِ إِذَا تَخَلَّلَ فَيَحِلُّ»، فحقق (عليه الصلاة والسلام) التخليل وأثبتَ حلَّ الخل شرعاً[١] ولأن التخليلَ سببٌ لحصولِ الحل فيكون مباحاً؛ استدلالاً بماء إذا أمسكها حتى تخللت.

والدليل على أنه سبب لحصول الحل أَن بهذا الصنع صار المائع حامضاً بحيث لا يبين في الذوق أثر المرارة، فلا يخلو إما إن كان ذلك لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها في ذاتها، وإما إن كان لتغير الخمر من المرارة إلى الحموضة، لا سبيل إلى الأول لأنه لا حموضة في الملح لتغلب المرارة، وكذا بإلقاء حلو قليل يصير حامضاً في مدة قليلة لا تتخلل بنفسها عادة، والقليل لا يغلب الكثير، فتعين أن ظهور الحموضة بإجراء الله (تعالى) العادة، على أن مجاوزة الخل يغيرها من المرارة إلى الحموضة في مثل هذا الزمان، فثبت أن التخليل سبب لحصول الحل، فيكون مباحاً؛ لأن حينئذٍ يكون اكتساب مال متقوم عندنا، وعنده: يكون اكتساب المال وكل ذلك مشروع.

وأما الحديث: فقد رُوِيَ أَنَّ أبا طلحة (رحمه الله) لما قال: «أَفَلاَ أُخللها»؟ قال (عليه الصلاة والسلام) «نَعَمْ»[٢] فتعارضت الروايتان، فسقط الاحتجاج؛ على أنه يحمل على النهي عن التخليل لمعنى في غيره وهو دفع عادة العامة؛ لأن القوم كانوا حديثي العهد بتحريم الخمر، فكانت بيوتهم لا تخلو عن خمر، وفي البيت غلمان وجواري وصبيان، وكانوا ألفوا شرب الخمر وصار عادةً لهم وطبيعةً، والنزوع عن العادة أمرٌ صعبٌ، فقيم البيت إن كان يَنْزَجِرُ عن ذلك ديانةً فَقَلَّ ما يسلم الاتباع عنها لو أمر بالتخليل؛ إذ لا يتخلل من ساعتها، بل بعد وقت معتبر، فيؤدي إلى فساد العامة، وهذا لا يجوز، وقد انعدم ذلك المعنى في زمانا ليقرر التحريم ويألف الطبع تحريمها؛ حملناه على هذا دفعاً للتناقض عن الدليل، وبه تبين أَنْ ليس فيما قلناه احتمال الوقوع في الفساد.

وقوله: تنجس الظاهر من غير ضرورة، نعم، لكن لحاجة وأنه لجائز كدبغ جلد الميتة، والله (سبحانه وتعالى): أعلم.

ثم لا فرق في ظاهر الرواية بين ما إذا ألقى فيها شيئاً قليلاً من الملح أو السمك أو الخل، أو كثيراً حتى تحل في الحالتين جميعاً.

وروي عن أبي يوسف: أنه إن كان الخل كثيراً لا يحلُّ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

وجه رواية أبي يوسف (رحمه الله) أن الملقي من الخل إذا كان قليلاً فهذا تخليل لظهور الحموضة فيها بطريق التغيير، فأما إذا كان كثيراً فهذا ليس بتخليل، بل هو تغليبٌ لغلبة الحموضة المرارة، فصار كما لو ألقى فيها كثيراً من الحلاوات حَتَّىٰ صَارَ حلواً أنه لا يحل، بل يتنجس الكل؛ فكذا هذا.

وجه ظاهر الرواية: أَنَّ كُلَّ ذلك تخليلٌ، أما إذا كان قليلاً فظاهر، وكذلك إذا كان كثيراً؛ لما ذكرنا أن ظهور الحموضة عند إلقاء الملح والسمك لا يكون بطريق التغليب؛ لانعدام الحموضة فيهما، فَتَعَيَّنَ أن يكون بطريق التغيير، وفي الكثير يكون أسرع، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وأما السَّكَرَ والفَضيخُ ونقيعُ الزبيبِ فيحرم شرب قليلها وكثيرها، لما روي عن النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ»[1] وأشار(عليه الصلاة والسلام) إلى النخلةِ والكرمةِ، والتي ههنا هو المستحق لاسم الخمر فكان حراماً.

وسُئل عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) عن التداوي بالسَّكَرِ فقال: إنَّ الله (تبارك وتعالى) لم يجعلْ شفاءكم فيما حَرَّم عليكم[2].

وعَنِ ابْنِ عباسٍ (رضي الله عنهما) قال: السَّكَرُ هي الخمرُ ليس لها كنية[3].

وَرُوي أنه لما سُئل عن نقيع الزبيب قال: الخمرُ أَحْيَتْهَا[4]. أشار إلى علة الحرمة، وهي أن إيقاع الزبيب في الماء إحياء للخمر؛ لأن الزبيب إذا نقع في الماء يعود عنباً، فكان نقيعه كعصير العنب؛ ولأن هذا لا يتخذ إلا للسكر، فيحرم شرب قليلها وكثيرها.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٧٣) كتاب الأشربة: باب بيان أن جميع ما ينتبذ مما يتخذ من الخل والعنب يسمى خمراً، حديث (١٣، ١٤/ ١٩٨٥) وأبو داود الطيالسي ص (٣٣٥) حديث (٢٥٦٩) وأحمد: (٢/ ٢٧٩، ٤٠٨، ٤٠٩) والدارمي (٢/ ١١٣) كتاب الأشربة، باب مما يكون الخمر، وأبو داود (٤/ ٨٤ ـ ٨٥) كتاب الأشربة، باب الخمر مما هي، حديث (٣٦٧٨) والترمذي (٤/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨) كتاب الأشربة، باب ما جاء في الحبوب التي يتخذ معها الخمر حديث (١٨٧٥) والنسائي (٨/ ٢٩٤) كتاب الأشربة، باب تأويل قول الله تعالى ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً وابن ماجه (٢/ ١١٢١) كتاب الأشربة، باب ما يكون منه الخمر حديث (٣٣٧٨) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢١١) كتاب الأشربة، باب الخمر المحرمة ما هي. والبيهقي (٨/ ٢٨٩ ـ ٢٩٠) كتاب الأشربة، باب ما جاء في تفسير الخمر الذي نزل تحريمها. وعبد الرزاق (٩/ ٢٣٤) رقم (١٧٠٥٣) وأبو يعلى (١٠/ ٣٩٨) رقم (٦٠٠٢) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ١١٦ ـ بتحقيقنا) من حديث أبي هريرة. وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/ ٧٥) كتاب الأشربة: باب في السكر ما هو حديث (٢٣٨٣٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٧٥) كتاب الأشربة باب في السكر ما هو.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٧٦) كتاب الأشربة باب في تقيع الزبيب ونبيذ العنب.

فإن قيل: أليس أَنَّ الله (تبارك وتعالى): قال: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَراً وَرِزْقَاً حَسَناً﴾ [النحل:٦٧] وهذا خَرَجَ مَخْرَجَ تذكير النعمة والتنبيه على شكرها، فيدل على حلها؟

فالجواب: قيل إِن الآية منسوخةٌ بآية تحريمِ الخمرِ، فلا يصح الاحتجاج بها.

والثاني: إِن لَمْ تَكُنْ منسوخة، فيحتمل أن ذلك خرج مخرج التغيير، أي: إنكم تجعلون ما أعطاكم الله (تعالى) من ثمرات النخيل والأعناء التي هي حلالٌ: بعضها حراماً وهو الشراب، والبعض حلالاً وهو الدبس، والزبيب والخل؛ ونحو ذلك.

نظيره قوله (تعالى): ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَاماً وَحَلالاً﴾ [يونس:٥٩] وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم، لأنَّ التغيير على الحرام لا على الحلال.

ولا يكفر مستحلها، ولكن يضلل؛ لأَن حُرْمَتَهَا دون حرمة الخمرِ لثبوتها بدليل غير مقطوع به من أخبارِ الآحادِ وآثارِ الصحابةِ (رضي الله عنهم) على ما ذكرنا، ولا يحد بشرب القليل منها؛ لأنَّ الحد إنما يجب بشرب القليل من الخمر، ولم يوجد بالسكر؛ لأن حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر لثبوتها بدليل مقطوع به، وهو نصُّ الكتاب العزيز؛ قال الله (تعالى جل شأنه) في الآية الكريمة: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة:٩١] وهذه المعاني تحصل بالسكر من كل شراب، فكانت حرمة السكر من كل شراب ثابتة بنصِّ الكتاب العزيز كحرمة الخمر؛ ولهذا جمع رسول الله ﷺ بين الحرمتين في قوله (عليه الصلاة والسلام): «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا والسَّكَرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ».

ومعلوم أنه (عليه الصلاة والسلام) ما أراد به أصل الحرمة؛ لأن ذلك لا يقف على المسكر في كل شراب، دَلَّ أن المراد منه الحرمة الكاملة التي لا شبهة فيها كحرمة الخمر، وكذا جمع سيدنا علي (رضي الله عنه) بينهما في الحد، فقال: «فيما أسكر من النبيذ ثمانون، وفي الخمر قليلها وكثيرها ثمانون»، ويجوزُ بيعُها عند أبي حنيفة مع الكراهة، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يجوز أصلاً.

وجه قولهما: أن محل البيع هو المال، وأَنه اسمٌ لما يباح الانتفاع به حقيقةً وشرعاً، ولم يوجد، فلا يكون مالاً، فلا يجوز بيعها كبيع الخمر.

وجه قول أبي حنيفة (رضي الله عنه): أن البيع مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه، قال الله (تبارك وتعالى): ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾ [البقرة:١٦] وقد وجد ههنا؛ لأن الأشربة مرغوبٌ فيها، والمال اسم لشيء

مرغوبٌ فيه إلا أن الخمر مع كونها مرغوباً فيها لا يجوز بيعها بالنص الذي روينا، والنصُّ ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص.

وعلى هذا الخلاف إذا أتلفها إنسان يضمن عنده، وعندهما لا يضمن.

ومنها: حكم نجاستها، فقد رُوِيَ عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) أنها لو أصابت الثوبَ أكثر من قدرِ الدرهم تمنع جواز الصلاة؛ لأنه يحرم شربُ قليلها وكثيرها كالخمر؛ فكانت نجاستُها غليظة كنجاسة الخمر؛ وروي أنها لا تمنع أصلاً، لأن نجاسة الخمر إنما تثبت بالشرع بقوله (عزَّ شأنه): ﴿رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ [المائدة: ٩١] فيختص باسم الخمر.

وعن أبي يوسف (رحمه الله) أنه اعتبر فيها الكثير الفاحش كما في النجاسة الحقيقية؛ لأنها وإن كانت محرمة الانتفاع، لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحد بشرب القليل منها، فأوجب ذلك خفة في نجاستها، هذا الذي ذكرنا حكم النيء من عصير العنب ونبيذ التمر ونقيع الزبيب.

وأما حكم المطبوخ منها: أما عصير العنب إذا طبخ أدنى طبخة وهو الباذق، أو ذهب نصفه وبقي النصف، وهو المنصف، فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء (رضي الله عنهم).

وروى بشر عن أبي يوسف (رحمهما الله) الأَول أنه مباح، وهو قول حَمَّاد بن أبي سليمان، ويصح قول العامة؛ لأنه إذا ذهب أقل من الثلثين بالطبخ، فالحرام فيه بان وهو ما زاد على الثلث.

والدليل على أن الزائد على الثلث حرام ما رُوِيَ عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أنه كتب إلى عمار بن ياسر (رضي الله عنه) أَني أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه، يبقى حلاله ويذهب حرامه، وريح جنونه، فَمُرْ مَنْ قِبَلَكَ فليتوسعوا من أشربتهم»[1] نص على أن الزائد على الثلث حرام وأشار إلى أنه ما لم يذهب ثلثاه، فالقوةُ المسكرةُ فيه قائمةٌ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام (رضي الله عنهم) ولم ينقل عنهم خلافه، فكان إجماعاً منهم، ولا يحد شاربه ما لم يسكر، وإذا سكر حد، ولا يكفر مستحله لما مر، ويجوز بيعه عند أبي حنيفة وإن كان لا يحل شربه، وعندهما لا يحل شربه، ولا يجوز بيعه على ما ذكرنا.

هذا إذا طُبخ عصير العنب، فأما إذا طُبِخَ العنب كما هو، فقد حَكَىٰ أبو يوسف عن أبي

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٩٢) كتاب الأشربة باب في الطلاء من قال: إذا ذهب ثلثاه فاشربه حديث (٢٤٠١٠).

حنيفة (رضي الله عنهما) أن حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه، وروى الحسن عن أبي حنيفة (رضي الله عنهما) أن حكمه حكم الزبيب حتى لو طُبِخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب.

وأما المطبوخُ من نبيذ التمرِ ونقيع الزبيب أدنى طبخة، والمنصف منهما، فيحل شربه ولا يحرم إلا السكر منه، وهو طاهر يجوز بيعه ويضمن متلفه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف (رضي الله عنهما)[١].

---

(١) ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأهل الظاهر، وغيرهم من الفقهاء إلى تحريم قليل كل شراب يسكر كثيره من أي مادة، لا فرق في القليل بين ما شرب للهو والطرب، وما شرب للتقوى، أو استمراء الطعام. وهو الأصح من رأي محمد بن الحسين صاحب أبي حنيفة رضي الله عنه.
وذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومن وافقهما إلى أن قليل الأنبذة المسكرة المذكورة يحرم إذا كان للهو وطرب، ويحل إذا كان للتقوى، أو استمراء الطعام.
واستدل الجمهور الكتاب، والسنة، والأثر، والمعقول:
أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ.....﴾ الآية.
وجه الدلالة: أن الله تعالى نبَّه على أن العلة في تحريم الخمر كونها توقع في العداوة والبغضاء، وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهذه العلةُ موجودةٌ في جميع الأنبذة المسكرة، بحسب الشأن، فوجب طرد الحكم في الجميع، من غير فرق بين قليل وكثير، ولا فرق بين ما أخذ للتقوى، أو استمراء الطعام من القليل، وما أخذ للهو والطرب، وقد سبق أن كُلَّ شراب مسكر يسمى خمراً، فتكون الأنبذة من مشمولات الآية الكريمة. فهي محرمة بالنص قليلها وكثيرها من غير تفصيل.
وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما يأتي:
الأول: ما رواه مسلم، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام».
الثاني: ما رواه الشيخان، واللفظ للبخاري عن عائشة رضي الله عنها؛ أن رسول الله ﷺ سئل عن البتع فقال: «كُلُّ شَرَابٍ أُسْكِرَ فَهُوَ حَرَامٌ».
الثالث: ما رواه أحمد من طريق مرثد بن عبد الله المزني عن ديْلم رضي الله عنه قال: سألت رسول الله ﷺ قال: قلت: يا رسول الله، إنا بأرض باردة، نعالج فيها عملاً شديداً، وإنا نتخذ شراباً من هذا القمح، نتقوى به على أعمالنا، وعلى برد بلادنا، فقال الرسول ﷺ: «هل يسكر»؟ قلت: نعم، قال: «فاجتنبوه» قال: قلت: إن الناس غير تاركيه، قال: «فإن لم يتركوه فقاتلوهم».
الرابع: ما أخرجه النسائي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه؛ أن النبي ﷺ نهى عن قليل ما أسكر كثيره.
الخامس: ما رواه أبو داود، والترمذي عن عائشة رضي الله عنها؛ أنها سمعت النبي ﷺ يقول: «كل مسكر حرام، وما أسكر الفَرَق منه فملء الكف منه حرام»، وفي لفظ للترمذي: «فالحَسْوة منه حرام» قال الترمذي: حديث حسن، ورواه ابن حبان في صحيحه. =

....

= السادس: ما رواه إسحاق بن راهويه، والطبراني عن ابن عمر مرفوعاً: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيَّن في هذه الأحاديث أن كل شراب مسكر يحرم قليله وكثيره مطلقاً سواء أشرب للتقوى، أو استمراء الطعام، أم شرب للهو والطرب من غير فرق، وقد أمر النبي عليه الصلاة والسلام أهل اليمن باجتناب تعاطي نبيذ القمح الذي يأخذونه للتقوى، وتوعدهم بالقتال إن لم يتركوه، وهذا يدلُّ على عموم التحريم في كل حال؛ إذ لو كان القليل مباحاً للتقوى، ومقاومة البرد لأذن لهم فيه الرسول عليه السلام، وبيَّن لهم حكمه، لأنهم كانوا في أشد الحاجة إليه، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اتفاقاً.

وأما الأثر فمنه ما يأتي:

الأول: ما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن عمر بن الخطاب خطب على منبر النبي ﷺ فقال: «أيها الناس، إنه نزل تحريم الخمر، وهي من خمسة أشياء من العنب، والتمر، والعسل، والحنطة، والشعير، والخمر ما خامر العقل».

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخبر أن نزول آيات تحريم الخمر صادف صنع الخمر من هذه الخمسة، فترك الصحابة شربها قليلها وكثيرها، ثم بين بتلك القاعدة العامة وهي قوله: «والخمر ما خامر العقل» أن أي شراب مسكر يغطي العقل ويستره، يكون حكمه حكم المذكورات سابقاً، من حرمه قليله وكثيره، من غير تفصيل في القليل بين ما أخذ للهو، وما أخذ للتقوى أو استمراء الطعام.

الثاني: ما رواه ابن حزم عن مريم بنت طارق، أنها سمعت عائشة رضي الله عنها تقول لنساء عندها: ما أسكر أحداكن فلتجتنبه، وإن كان ماء حُبها» الحب بالضم الخابية فارسي معرب.

الثالث: ما رواه ابن حزم، عن عبيدة السلْماني، عن ابن مسعود قال: أحدث الناس أشربة لا أدري ما هي، ما لي شراب منذ عشرين سنة إلا الماء، والعسل، واللبن.

الرابع: ما رواه النسائي من طريق زيد بن جبير قال: سألت ابن عمر عن الأشربة فقال: «اجتنب كل شيء ينسن» ينسن: يغلي، والنسين صوت غليان الماء.

الخامس: ما رواه البيهقي بسند صحيح أن إبراهيم النخعي قال: «إذا سكر من شراب، لم يحل له أن يعود إليه أبداً».

وجه الدلالة: أن هؤلاء الصحابة وإبراهيم النخعي من التابعين وإنما آثرنا ذكر الأثر عنه دون سواه من التابعين؛ لأن هو الذي اشتهر عنه القول بحل النبيذ ـ نهوا عن كل شراب يغلي ويشتد، وبينوا أنه لا يحلُّ متى وصل إلى هذا الحد، ولم يفصلوا بين قليل وكثير، ولا بين ما أخذ من القليل للهو والطرب، وما أخذ للتقوى أو استمراء الطعام، فدل ذلك على عموم التحريم؛ إذ مثله لا يعلم إلا بتوقيف.

وأما المعقول فمن وجوه:

الأول: قالوا إن الخمر مختص بمعنيين: الصفة وهي الشدة المطربة، والتأثير الذي يحدث عنها وهو السكر، يثبت بهما اسم الخمر وتحريمه، ويزول بارتفاعهما اسم الخمر وتحريمه، لأنه إذا كان عصيراً ليس فيه شدة، ولا يحدث عنه سكر ـ لم ينطلق عليه اسم الخمر، ولم يجر عليه حكمه من التحريم، وإذا حدثت فيه الشدة المطربة، وصار مسكراً ـ انطلق عليه اسم الخمر، وجرى عليه حكمه من التحريم، فإن ارتفعت الشدة وزال عنه الإسكار بالتخلل مثلاً ارتفع عنه اسم الخمر، وزال عنه حكم التحريم. =

....

= فدل ذلك على تعلق الاسم والحكم بالصفة والتأثير دون الجنس، وقد وجدت الشدة، وتأثير السكر في النبيذ، فوجب أن يتعلق به اسم الخمر وحكمه من تحريم القليل في كل حال.

الثاني: قالوا: لما كان قليلُ الخمر مثل كثيره، وجب أن يكون قليلُ النبيذ مثل كثيره؛ لأنهما اجتمعا في حكم الكثير، فوجب أن يستويا في حكم القليل من التحريم في كل حالٍ.

الثالث: قالوا إن دواعي الحرام يتعلق بها حكم التحريم؛ لأن تحريم المسبب يوجب تحريم السبب، وشرب المسكر يدعو إلى السكر وشرب القليل يدعو إلى الكثير، فوجب أن يحرم المسكر لتحريم السكر، ويحرم القليل في كل حال لتحريم الكثير.

الرابع: ما احتج به الشافعي عليهم فقال: ما تقولون: إذا شرب أقداحاً فلم يسكر؟ قالوا: حلالٌ، قال: فإن خرج إلى الهواء فضربته الريح فسكر؟ قالوا: يكون حراماً، قال: يا عجباً، ينزل الشراب إلى جوفه حلالاً، ثم يصير بالريح حراماً.

الخامس: ما احتج به المزني عليهم فقال: إن جميع الأشربة إذا كانت حلوة فهي حَلاَلٌ، ولا يختلف حكمها باختلاف أجناسها، فإذا حمضت وصارت خلاً فهي حلال، ولا يختلف حكمها باختلاف أجناسها، وجب إذا اشتدت وأسكرت أن يكون حكمها واحداً، ولا يختلف حكمها باختلاف أجناسها، فلما لم يحل جميعها وجب أن يحرم جميعها، ولما لم يحل قليلها وكثيرها وجب أن يحرم كثيرها وقليلها في كل حال.

استدل الحنفية بالسنة، والأثر، والمعقول:

أما السنة: فما رواه العقيلي في الضعفاء من طريقي محمد بن الفرات، وعبد الرحمن الغطفاني عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «حرمت الخمر بعينها، قليلها وكثيرها، والسكر من كل شراب».

وما رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة، والعنبة».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن في الحديث الأول أن الخمر محرمة عينها؛ قليلها وكثيرها، وأما غيرها من الأشربة المسكرة فلا يحرم منها إلا السكر، فبقي القليلُ الذي لا يسكر من غير الخمر على أصل الإباحة، سواء أكان متخذاً من ثمرات النخيل، أم من غيرها، وبين في الحديث الثاني أن الشراب المسكر المتخذ من ثمرات الشجرتين فقط يحرم، قليلاً كان أو كثيراً؛ لكونه خمراً شرعاً، فبقي المتخذ من غير الشجرتين على أصل الإباحة قليلاً كان أو كثيراً، إلا أن الحديث الأول أخرج من أصل الإباحة بالسنة لمدلول الحديث الثاني ـ السكر من غير المتخذ من الشجرتين؛ كما أخرج الحديث الثاني من أصل الإباحة بالنسبة لمدلول الأول ـ القليل المتخذ من ثمرات النخيل، فحصل من الحديثين معاً أن الشراب المسكر المتخذ من ثمرات النخيل والأعناب يحرم قليله وكثيره، والمتخذ من غيرها لا يحرم منه إلا السكر، فبقي القليل على أصل الإباحة، سواء أكان للهو وطرب، أم للتقوى أو استمراء الطعام، إلا أن الإجماع على تحريم القليل إذا كان للهو وطرب، فبقي القليل مباحاً فيما عدا ذلك على الأصل.

قال في المبسوط: وطريق من توسع في هذه الأشربة؛ أن الأشربة كلها كانت مباحة قبل نزول التحريم، ثم نزل تحريم الخمر، وما عرفنا هذه الحرمة إلا بالنص، فبقي سائر الأشربة بعد نزول تحريم الخمر على ما كان عليه قبله. =

....

= ومنها ما رواه النسائي عن يحيى بن يمان العجلي عن سفيان عن منصور عن خالد بن سعد عن أبي مسعود الأنصاري، أن النبي ﷺ عطش وهو يطوف بالبيت، فأتي بنبيذ من السقاية فقطب، فقال له رجل: أحرام هو يا رسول الله؟ قال: لا، عليّ بذنوب من ماء زمزم، فصبه عليه، ثم شرب وهو يطوف بالبيت قَطَّبَ وَجْهَهُ تَقْطِيباً: عَبَسَ [مختار الصحاح ص ٥٤١].

ومنها: ما أخرجه النسائي عن عبد الملك بن نافع قال ابن عمر: رأيت رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فدفع إليه قدحاً فيه نبيذ، فوجده شديد، فرده عليه، فقال رجل من القوم: يا رسول الله، أحرام هو؟ فعاد فأخذ منه القدح، ثم دعا بماء فصبه عليه، ثم رفعه إلى فيه فَقَطَّبَ، ثم دعا بماء آخر فصبه عليه، ثم قال: «إذا اغتلمت عليكم هذه الأوعية، فاكسروا متونها بالماء» اغتلمت: اشتدت [المصباح ص ٦١٩].

ومنها: ما أخرجه النسائي عن أبي الأحوص عن سماك عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي بردة قال: قال رسول الله ﷺ: «اشربوا في الظروف ولا تسكروا».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قَطَّبَ وجهه من شدة النبيذ الذي رفع إليه، ولذلك ردَّه، وعندئذٍ سألوه عن حكمه من الحرمة أو الحل، فأجابهم بأنه ليس بحرام، وطلب ماء ليكسر به شدته، فصب عليه الماء، وشرب منه، وسقى غيره، ولو كان حراماً لما أجابهم بأنه ليس بحرام، ولما شرب منه، ولا سقى غيره، وقد أرشدهم إلى أن النبيذ إذا اشتد فليكسروا شدته بالماء، حتى يستطيعوا شربه، وأباح لهم الشرب في الظروف ونهاهم عن السكر. فحسب، فدل ذلك على إباحة القليل مطلقاً، إلا أن الإجماع خص القليل بما إذا كان لغير لهو وطرب.

وأما الأثر فكثير منه ما يأتي:

الأول: أ ـ ما روى ابن حزم من طريق سعيد بن مسروق عن شماس بن لبيد عن رجل عن ابن مسعود، أنه قال: «إن القوم يجلسون على الشراب وهو لهم حلال، فما يقومون حتى يحرم عليهم».

ب ـ ما رواه ابن حزم من طريق حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن علقمة قال: أكلت مع ابن مسعود، فأتينا بنبيذ شديد نبذته سيرين فشربوا منه.

جـ ـ ما أخرجه الطحاوي من طريق الحجاج بن أرطأة عن حماد عن علقمة عن ابن مسعود في قول النبي ﷺ: «كل مسكر حرام» قال: هي الشربة التي تُسْكِرُكَ.

وجه الدلالة: أن ابن مسعود رضي الله عنه فسَّر المسكر الوارد في الأحاديث بالشربة التي تسكر، وأخبر أن القوم يجلسون على الشراب وهو لهم حلال بشرب قليله، فما يقومون حتى يحرم عليهم بشرب الكثير، وقد قدم لزواره النبيذ الشديد الذي صنعته زوجه في بيته، فشربوا منه، فدل ذلك على أن القليل مُبَاحٌ؛ إذ لو كان حراماً لما فعل ابن مسعود شيئاً من ذلك.

الثاني: ما رواه ابن حزم عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها من طريق أبي عوانة عن سماك بن حرب عن قرفاصة ـ امرأة منهم ـ عن عائشة؛ أنها قالت: «اشربوا ولا تسكروا».

وجه الدلالة: أن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أذنت في الشرب؛ ونهت عن السكر فدل ذلك على إباحة القليل؛ إذ لو كان حراماً لما أذنت فيه، ومثله لا يعرف إلا بتوقيف.

الثالث: أ ـ ما رواه الدراقطني في سننه من طريق سعيد بن ذي لعوة، أن أعرابياً شرب من أداوة لعمر نبيذاً، فسكر به، فضربه الحدَّ، فقال الأعرابي: إنما شربت من إداوتك، فقال عمر: «إنما جلدناك على السكر». =

....

= ب ـ ما رواه ابن حزم عن عمرو بن ميمون عن ابن عمر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يقول: إنا نشرب من هذا النبيذ شراباً يقطع لحوم الإبل في بطوننا، قال عمرو بن ميمون: وشربت من شرابه، فكان كأشد النبيذ، وفي بعض طرقه: «إنا لنشرب هذا الشراب الشديد لنقطع به لحوم الإبل في بطوننا أن تؤذينا، فمن رابه من شرابه شيء، فيلمزجه بالماء».

جـ ـ ما رواه ابن حزم عن همام بن الحارث، أن عمر أتى بشراب من زبيب الطائف، ثم شرب فقطب، وقال: إن نبيذ الطائف له عُرام العرام: وزاق غراب: الحدة والشرس. [المصباح ص ٥٥٥].

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب أخبر بأنه يشرب النبيذ الشديد ليقطع لحوم الإبل في بطنه، وكان لشدته يقطِّب وجهه منه؛ ولذا طلب صب الماء عليه ليكسر حدته، وقد جلد الأعرابي على السكر لا على الشرب، ولو كان قليل النبيذ الشديد حراماً ـ لما شربه عمر، وهو الذي تكرر سؤاله في تحريم الخمر؛ فدل ذلك على الإباحة.

وأما المعقول فمن وجوه:

الأول: قالوا: إن الأنبذة مما تعم بها البلوى، وما عمَّ به البلوى وجب أن يكون ثبوته مستفيضاً عاماً، وما كان كذلك لا يحرم إلا بالتواتر، وليس فيه تواتر.

الثاني: قالوا: إن جميع الأشربة كانت مباحة، وتحريمها نسخ، والنسخ لا يثبت إلا بالنص، والنص مختصٌّ بالخمر دون النبيذ. فدل ذلك على تحريم الخمر، وإباحة قليل النبيذ.

الثالث: قالوا: إن النبيذ بالمدينة كان عامًّا، والخمر نادر؛ لأن النبيذ يعمل من ثمارها، والخمر يجلب إليها من الشام، والطائف، وغيرها، وقد روى البخاري عن ابن عمر؛ أنه قال: «حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء»، فلو استويا في التحريم ـ لكان أهل المدينة إلى بيان تحريم النبيذ نصًّا أحوج منهم إلى تحريم الخمر، فلما عدل بالنص عن النبيذ إلى الخمر ـ دل على اختصاصها بالتحريم، قليلاً وكثيراً دون النبيذ، فلا يحرم منه إلا السكر.

الرابع: قالوا: إن الله تعالى ما حرم شيئاً، إلا وأغنى عنه بمباح منه جنسه، فإنه حرم الزنا وأباح النكاح، وحرم الحرير وأباح القطن والكتان، وحرم التعدي وأباح الجهاد، وقد حرم الله الخمر ـ فوجب أن يفتى عنها بمباح من جنسها، وليس ما يغني عنها من جنسها سوى النبيذ، فوجب أن يكون قليله مباحاً، اعتباراً بسائر المحرمات.

الخامس: قالوا: إن الله تعالى وعدنا بالخمر في الجنة، ورغب فيها أهل الطاعة، وما لا تعرف لذته لا يتوجه إليه الترغيب، فاقتضى ذلك أن يبيح لهم ما يستدلون به على لذتها، وليس ذلك سوى النبيذ، فاقتضى أن يحل لهم قليله اعتباراً بسائر الترغيبات.

ورد على الجمهور في الآية: أن إيقاع العداوة والبغضاء، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، إنما يحصُل بالسكر؛ وذلك مجمع على تحريمه، وإنما الخلاف في قليل النبيذ المسكر. وأجاب الجمهور بأن الإجماع انعقد على تحريم القليل من نيء عصير العنب المشتد، وهو لا يسكر شاربه، وكذلك انعقد بين المتخالفين على تحريم قليل نقيع الزبيب والتمر، وقليل سائر الأنبذة، إذا كان للهو وطرب، فليحرم القليل إذا كان للتقوى أو استمراء الطعام، حيث لم يقم على إباحة وكيل. بل دل الدليل على عموم تحريم القليل من غير تفصيل بين حال وحال. =

....

= وورد عليهم في السنة أنها مطعون فيها، وعلى فرض سلامتها فإنها مؤولة، أو نحن نقول بموجبها. أما الطعن فإن يحيى بن معين طعن في الحديث الأول، وهو قول الرسول عليه السلام: «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ».

والجواب عن هذا الطعن في هذا الحديث تقدم ص ١٥، ١٦ فلا نعيده، وأما بقية الأحاديث فلم يبينوا من طعن فيها، وقد راجعنا كتب الجرح فلم نجد لواحد منهم طعناً في واحد منها، وقد روى هذه الأحاديث الزيلعي في «نصب الراية»، ولم يبين فيها جهة مطعن. وقد اعترف بصحتها الطحاوي، والكمال كما سيأتي.

وأما التأويل لهذه السنن والأحاديث، فإنهم قالوا: إنهم محمولة على الشرب للهو والطرب؛ توفيقاً بين الأدلة، صيانة لها عن التناقض.

وأجاب الجمهور بأن هذا التأويل لا دليل عليه، بل دَلَّ الدليل على عموم التحريم، وإن كان الشرب بقصد التقوى، يدل لذلك ما رواه الإمام أحمد من طريق مرثد بن عبد الله اليزني عن ديلم رضي الله عنه قال: سألت رسول الله ﷺ قال: قلت: يا رسول الله، إنا بأرض باردة، نعالج فيها عملاً شديداً، وكنا نتخذ شراباً من هذا القمح نتقوى به على أعمالنا، وعلى برد بلادنا، فقال الرسول ﷺ: هل يسكر؟ قلت: نعم. قال: فاجتنبوه. قال: فقلت: إن الناس غير تاركيه، قال: فإن لم يتركوه فقاتلوهم. فهذا حديث رسول الله عليه السلام نصٌّ في تحريم النبيذ المسكر، قليلاً كان أو كثيراً، وإن كان للتقوي، ولو كان قليلُه مباحاً للتقوي ـ لبينه الرسول عليه السلام لشدة الحاجة إليه، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

وأما القول بالموجب فإنهم قالوا: إن المسكر حرام، وهو القدح الأخير؛ لأن المسكر ما به يحصل الإسكار، وهو يحصُل بالقدح الأخير، وهو يحرم قليلُه وكثيره. قال في «المبسوط»: روي عن أبي يوسف أنه قال في تأويله: إذا كان يشرب على قصد السكر، فإن القليل والكثير على هذا القصد حرام، فأما إذا كان يشرب لاستمراء الطعام فلا، فهو نظير المشي على قصد الزنا يكون حراماً، وعلى قصد الطاعة يكون طاعة، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» هو على ما قال رسول الله: «والقدح الأخير هو المسكر قليلُه وكثيره حَرَامٌ».

وأجاب الجمهور بما قاله الحافظ في «الفتح» قال: «وقد رد أنس الاحتمال الذي جنحوا إليه فقال أحمد: حدثنا عبد الله بن إدريس قال: سمعت المختار بن فلفل يقول: سألت أنساً، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن المزفت، وقال: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ» قال: فقلت له: صدقت، المسكر حرام، فالشربة والشربتان على الطعام، فقال: ما أسكر كثيره فقليله حرام، وهذا سند صحيح على شرط مسلم، والصحابي أعلم بالمراد ممن تأخر بعده، ولهذا قال عبد الله بن المبارك: لا يصح في حل النبيذ الذي يسكر كثيره عن الصحابة شيء، ولا عن التابعين إلا عن إبراهيم النخعي. فحملهم المسكر أو ما أسكر الوارد في الأحاديث على ما به حصل السكر خلاف الظاهر، بعدما تقدم عن أنس رضي الله عنه صريحاً في تحريم القليل على الطعام، وهو نص في إبطال مدعاهم.

والظاهر في قول الرسول عليه السلام: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ» وقوله: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» أنه صفةٌ لجنس الشَّراب، لا صفة لقدره الذي به يَحْصُلُ الإسكار؛ كما يقال للماء: إنه مرور للطعام إنه مشبعٌ، وإن كان الشبع والري ينتفيان مع القليل، وهو موصوفٌ به كالكثير، ولو حملناه على قليل القدح الأخير =

....

= وكثيره؛ كما ذهبوا إليه ـ لدلّ ذلك على تحريم غيره مما سبقه، لوجوه منها ما يأتي:
الأول: أن تعليق التحريم بالأخير يوجب تعليقه بالأول والأخير؛ لأن أول الأخير لا يسكر كأول الأول؛ ثم كان أول الأخير حراماً كآخره، فكذلك الأول يجب أن يكون حراماً كالأخير.
الثاني: أن كُلّ جزءٍ من أجزاء الشراب يجوز أن يكون هو الأخير المحرم، وهو غير متميز، فوجب أن يكون الكُلُّ حَراماً.
الثالث: أن لكل جزء من الشراب تأثيراً في السكر، فالقدح الأول مبدؤه، والقدح الأخير غايته، فصار قليله وكثيره مسكراً، فوجب أن يكون حراماً في كل حال.
الرابع: أن الأخير الذي يسكر لا يعلم أنه مسكر إلا بعد شربه، فلم يصح تعليقُ التحريم به، لما فيه من تعليق الحكم بالمجهول، فكان الكل حراماً من غير تفصيل.
ولهذا قال بعض المنصفين من الحنفية بعد أن ساق الأحاديث السابقة الدالة على تحريم قليل كل شراب مسكر: وحينئذٍ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح، وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الأخير؛ لأن صريح هذه الروايات القليل.
وقد اعترف الطحاوي بصحة هذه الأحاديث أيضاً، لكن قال: اختلفوا في تأويل الحديث، فقال بعضهم: أراد به جنس ما يسكر، وقال بعضهم: أراد به ما يقع السكر عنده.
وهذا القول علم رده مما ذكرنا قريباً، ومما ذكره بعض الحنفية وهو الكمال في عبارته السالفة.
على أن حملهم التحريم في المسكر، أو ما أسكر الوارد في الأحاديث على قليل القدح الأخير وكثيره ـ لا تساعده قواعد اللغة العربية، قال في «المصباح»: ويروى ما أسكر كثيره فقليله حرام، ونقل عن بعضهم أنه أعاد الضمير على كثيره، فيبقى المعنى على قوله فقليل الكثير حرام، حتى لو شرب قدحين من النبيذ مثلاً ولم يسكر بهما، وكان يسكر بالثلث، فالثلث كثير، فقليل الثلث وهو الكثير حرام دون الأولين، وهذا كلام منحرف عن اللسان العربي؛ لأن الإخبار عن الصلة دون الموصول؛ وهو ممنوع باتفاق النحاة.
وقد اتفقوا على إعادة الضمير من الجملة على المبتدأ؛ ليربط به الخبر، فيصير المعنى الذي يسكر كثيره فقليل ذلك الذي يسكر كثيره حرام، وقد صرح به في الحديث فقال: «كل مسكر حرام»، وما أسكر الفرق منه فملءُ الكف منه حَرَامٌ، ولأن الفاء جواب لما في المبتدأ من معنى الشرط.
والتقدير: مهما يكن من شيء يسكر كثيره فقليل ذلك الشيء حرام، ونظيره: الذي يقوم غلامه فله درهم، والمعنى: فلذلك الذي يقوم غلامه ولو أعيد الضمير على الغلام ـ بقي التقدير: الذي يقدم غلامه فللغلام درهم، فيكون إخباراً عن الصِّلة دون الموصول. فيبقى المبتدأ بلا رابط فتأمله، وفيه فساد من جهة المعنى أيضاً؛ لأنه إذا أريد فقليل الكثير حرام يبقى مفهومه: فقليل القليل غير حرام، فيؤدي إلى إباحة ما لا يسكر من الخمر، وهو مخالف للإجماع.
أقول: قول «المصباح» وفيه فساد من جهة المعنى. . . . إلخ لا يرد على الحنفية باعتبار قواعدهم الأصولية؛ لأنهم لا يقولون بمفاهيم النصوص، بخلاف مفاهيم الكتب.
وورد عليهم في الأثر، أنه معارضٌ بمثله مما ذكره الحنفية.
والجواب: أن ما تمسك به الجمهور أقوى وأولى بالاتباع لموافقته الأحاديث الصحيحة الصريحة في تحريم القليل بشهادة منصفيهم. =

....

= وأما أثر الحنفية فلا يقوى على المعارضة، بعدما سيتضح ما فيه قريباً إن شاء الله تعالى.
هذا: ويمكن للحنفية أن يوردوا على الأثر ما أوردوه على الأحاديث السابقة للجمهور من تأويلها على الشرب للتلهي، أو القول بموجبها بتحريم المسكر بالفعل.
والجواب الجواب فلا نعيده.
ورد على الجمهور في المعقول الأول، أنه معارض بمثله، إذ لو كان كذلك لوجب أن يكون كل حامض خلاً؛ لأنا نراه خلاً إذا حدثت فيه الحموضة، وغير خل إذا ارتفعت عنه الحموضة، فلما لم يكن كل حامض خلاً لم يكن كل مشتد خمراً.
وأجاب الجمهور بأن صحة التعليل موقوفة على اطراده، وهو في الخمر مطرد فصح، وفي الخلِّ غير مطرد فبطل.
ورد عليهم في المعقول الثاني، أنه لا يصح اعتبار القليل بالكثير في التحريم؛ لأن كثير السقمونيا وما أشبهها من الأدوية حرام، وقليلها غير حرام.
وأجاب الجمهور بأن تحريم كثير السقمونيا وما أشبهها للضرر، وهو موجود في الكثير دون القليل، وتحريم الخمر للشدة، وهي موجودة في القليل والكثير، فإن منعوا من التعليل فقد سبق الدليل صريحاً من السنة في تحريم القليل من مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام».
ثم يقال لهم: لما لم يمنع هذا من التسوية بين قليل الخمر وكثيره لم يمنع من التسوية بين قليل النبيذ وكثيره.
وورد عليهم في المعقول الثالث: أنه معارض بقبلة الصائم تدعو إلى الوطء، ولا يحرم عليه التقبيل لحرمة الوطء.
وأجاب الجمهور بأنها إذا دعت إلى الوطء كانت حراماً، وإنما يباح منها ما لا يدعو إلى الوطء.
وورد عليهم في الرابع: أن التحريم مراعى موقوف، والموقوف ممنوع، والممنوع محرم.
وأجاب الجمهور بأن ما راعيتموه بعد شربه أبحتموه مشكوكاً فيه، والشك يمنع الإباحة. على أنكم عزرتموه بهذا المباح الذي تحرمونه عليه بعد، وما أفضى إلى التعزير كان حراماً ولم يوردوا عليهم في المعقول الخامس شيئاً.
ورد على الحنفية في الحديث الأول أنه مطعون فيه لضعف محمد بن الفرات، وجهالة عبد الرحمن الغلطفاني وإذا كان الحديث بهذه المنزلة فلا ينهض على الإثبات، ومعارضة الأحاديث الصحيحة الصريحة في تحريم القليل من كل شراب في جميع الأحوال بشهادة منصفيهم كما سبق.
ولو سلَّمنا صحته لكان المراد بالسكر فيه المسكر؛ لأن السكر ليس من فعل الشارب حتى ينهى عنه، وإنما شرب المسكر فعله؛ فصار النهي متوجهاً إليه.
وأيضاً فتحريم السكر بهذا الخبر لا يمنع من تحريم المسكر بغيره من الأخبار الثابتة الصحيحة الصريحة في تحريم المسكر جمعاً بين الأدلة، وتكون أخبار الجمهور أولى لأمرين:
الأول: أنها أعمُّ حكماً؛ لأن تحريم المسكر يوجب تحريم السكر، وتحريم السكر لا يوجب تحريم المسكر.
الثاني: أن السكر يدرك العقل قبحه، فيقضي بمنعه، فورود الشرع مؤكد لما يقتضيه العقل حينئذٍ، ولا =

....

= كذلك حرمة المسكر، والتأسيس خير من التأكيد.
ورد عليهم في الحديث الثاني؛ أنا لا نسلِّم حصر الخمر الشرعية في الشراب المشتد المتخذ من ثمرات الشجرتين؛ لأن النبي ﷺ لم يقل: ليست الخمر إلا من هاتين الشجرتين. وإنما قال: «الخمر من هاتين الشجرتين»، فأثبت أن الخمر تتخذ منهما، ولم يمنع أن الخمر تتخذ من غيرهما إن ورد بذلك نصٌّ.
وقد ورد النص بذلك صريحاً، فقد أخرج أصحاب السنن الأربعة، وصححه ابن حبان من وجهين عن الشعبي؛ أن النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الخمر من العصير والزبيب، والتمر والحنطة، والشعير والذرة، وإني أنهاكم عن كل مسكر» لفظ أبي داود، وكذا ابن حبان، وزاد فيه أن النعمان خطب الناس بالكوفة.
وإذا ثبت هذا وصح، فلا موجب للقول بحلِّ القليل من الأنبذة المتخذة من غير الشجرتين بناء على الإباحة الأصلية؛ لأن النصوص دلت على رفعها عن كل شراب مسكر قليله وكثيره من غير تفصيل، بل دلت على تحريمها إذا كانت بقصد التقوي أو استمراء الطعام، كما تقدم في الحديث الذي رواه الإمام أحمد من طريق مرثد، ودل على ذلك أيضاً أثر أنس الذي رواه الإمام أحمد عن المختار بن فلفل في تفسير قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «كلُّ مسكر حرام» السلف ص ٧٤.
ورد عليهم في الحديث الثالث أنه لا يدل لوجوه منها ما يأتي:
الأول: أنه ضعيف؛ لأن يحيى بن يمان انفرد به دون أصحاب سفيان، وهو سيىء الحفظ، كثير الخطأ، وقال ابن عدي: قال البخاري حديث يحيى بن يمان هذا لا يصحُّ، وقال أبو حاتم، وأبو زرعة: أخطأ ابن يمان في إسناد هذا الحديث.
الثاني: أن نبيذ السقاية كان غير مسكر؛ لأنه كان يصنع للحاج إذا صدر من «منى» لطواف الإفاضة، ليستطيبوا به ماء زمزم لثقله، وكان الشراب لا يبقى أكثر من يومين أو ثلاثة، وذلك غير مسكر.
الثالث: أن نبيذ السقاية كان من نبيذ الزبيب غير المطبوخ، وهو إذا أسكر حرم قليله وكثيره في كل حال عند أبي حنيفة، فلا يصح له حمله عليه.
ورد عليهم في الحديث الرابع أنه لا يدل؛ لأن راويه عبد الملك بن نافع فقال النسائي: لا يحتج بحديثه، والمشهور عن ابن عمر خلاف هذا، ثم أخرج عن ابن عمر تحريم المسكر من غير وجه، وقال البخاري: لا يتابع عليه، وقال أبو حاتم: هذا حديث منكر، وعبد الملك بن نافع شيخ مجهول. وقال البيهقي: هذا حديث يعرف بعبد الملك بن نافع، وهو رجلٌ مجهولٌ اختلفوا في اسمه واسم أبيه، فقيل هكذا، وقيل: عبد الملك بن القعقاع، وقيل: مالك بن القعقاع.
ورد عليهم في الحديث الخامس أنه لا يدل، قال النسائي: حديث منكر غلط فيه أبو الأحوص سلام بن سليم، ولا نعلم أحداً تابعه عليه من أصحاب سماك، وسماك كان يقبل التلقين قال أحمد بن حنبل: كان أبو الأحوص يُخطىء في هذا الحديث. وقال أبو زرعة: وهم أبو الأحوص فقال: عن سماك عن القاسم عن أبيه عن أبي بردة، فقلب من الإسناد موضعاً وصحف موضعاً، أما القلب فقوله عن أبي بردة أراد عن ابن بريدة، ثم احتاج أن يقول: ابن بريدة عن أبيه فقلب الإسناد بأسره، أو فحسن من ذلك تصحيفه لمتنه: «اشربوا في الظروف، ولا تسكروا»، وقد روي هذا الحديث عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء فاشربوا في الأسقية، ولا تشربوا مسكراً». =

....

= ولو سلمنا صحة هذه الأحاديث لما دلت على إباحة القليل من المسكر؛ لأن تقطيب النبي ﷺ لم يكن لشدة إسكاره، بل كان لشدة حموضته، أو حلاوته؛ ولذلك صب عليه الماء ليكسر به الشدة ولو بلغ حد الإسكار لم يفده صب الماء الإباحة، وقد اعترف الطحاوي بذلك فقال: لو بلغ حد الإسكار لكان لا يحل، ولو ذهبت شدته يصب الماء فثبت أنه قبل أن يصب عليه الماء كان غير حرام.

قال الحافظ: وإن لم يبلغ حد الإسكار فلا خلاف في إباحة شرب قليله وكثيره، فدل على أن تقطيبه كان لأمر غير الإسكار. قال ابن حزم: ولو صحت هذه الأحاديث لكانت أعظم حجةٌ عليهم؛ لأن فيها كلها أن النبي ﷺ مزجه بالماء ثم شربه، وهذا لا يخلو ضرورة من أحد أمرين: إما ألا يكون ذلك النبيذ مسكراً، فهي موافقة لقولنا، وإما أن يكون مسكراً، كما يقولون، فإن كان مسكراً فصب الماء على المسكر عندهم، لا يخرجه من التحريم إلى التحليل، ولا ينقله عن حاله أصلاً إن كان قبل صب الماء حراماً فهو عندهم بعد صبه حَرَامٌ، وإن كان قبل صبه حلالاً فهو بعد صبه حلال، وإن كان قبل صبه مَكْرُوهاً فهو بعد صبه مكروه، فقد خالفوها كلها، وجعلوا فعل النبي عليه الصلاة والسلام الذي حققوه عليه باطلاً عندهم، ولغوا لا معنى له.

وقال أبو المظفر السمعاني: ثبتت الأخبار عن النبي ﷺ في تحريم المسكر، ثم ساق كثيراً منها، ثم قال: والأخبار في ذلك كثيرة، ولا مساغ لأحد في العدول عنها، والقول بخلافها، فإنها حجج قواطع، قال: وقد زل الكوفيون في هذا الباب، ورووا أخباراً معلة لا تعارض هذه الأخبار بحال، ومن ظن أن النبي ﷺ شرب مسكراً فقد دخل في أمر عظيم، وباء بإثم كبير، وإنما الذي شربه كان حلواً، ولم يكن مسكراً، وقد روى ثمامة بن حزن القشيري، أنه سأل عائشة رضي الله عنها عن النبيذ، فدعت جارية حبشية فقالت: «سل هذه؛ فإنها كانت تنبذ لرسول الله ﷺ فقالت الحبشية: كنت أنبذ له في سقاء من الليل، وأوكته وأعلقه، فإذا أصبح شرب منه» أخرجه مسلم.

ورد عليهم في الآثار ـ أما المروي عن ابن مسعود أولا فضعيف لأن شماساً مجهول، ورجل أجهل وأجهل، ولو صح لما كان لهم فيه دليل، ويقال لهم في معناه إنهم يقعدون إليه قبل أن يغلي ويشتد وهو حلال، فلا يقومون عنه حتى يأخذ في الغليان فيحرم.

وأما المروي عنه ثانياً فليس نصا في أن النبيذ كانت شدته من الغليان، ويحتمل أن تكون الشدة من الحلاوة أو الحموضة.

وأما المروي عنه ثالثاً فضعيف بالحجاج بن أرطأة، قال ابن حزم روينا أنه كان لا يصلي مع المسلمين في المسجد، فقيل له في ذلك، فقال: أكره مزاحمة البقالين، لا ينبل الإنسان حتى يدع الصلاة في الجماعة، وروى عنه أيضاً أنه أنكر السلام على المساكين، وقال: على مثل هؤلاء لا يسلم.

وقال البيهقي: ذكر لعبد الله بن المبارك قول ابن مسعود: «الشربة التي تسكرك»، فقال: هذا باطل، وإنما هو من قول إبراهيم النخعي، وقد روي عن إبراهيم بخلافه، وذلك فيما رواه الحسن بن عمر، وعن فضيل بن عمرو عن إبراهيم قال كانوا يرون أن من شرب شراباً فسكر منه لم يصلح له أن يعود إليه، وقال البخاري: قال زكريا بن عدي: لما قدم ابن المبارك الكوفة كان به علة، فأتاه وكيع وأصحابنا، فتذاكروا عنده حتى بلغوا الشراب، فجعل ابن المبارك يحتج بأحاديث الرسول ﷺ وأصحابه من المهاجرين والأنصار من أهل المدينة، قالوا: لا، ولكن من حديثنا، فقال ابن المبارك: أنبأنا الحسن بن عمرو =

....

= الفقيمي عن فضيل بن عمرو عن إبراهيم النخعي قال: كانوا يقولون: إذا سكر من شراب لم يحل له أن يعود إليه أبداً، فنكسوا رؤوسهم، فقال ابن المبارك للذي يليه أرأيت أعجب من هؤلاء؟ أحدثهم عن الرسول عليه الصلاة والسلام وعن أصحابه والتابعين، فلم يعبئوا به، وأذكر عن إبراهيم فينكسوا رؤوسهم.

ولو سلمنا صحة هذه الآثار عن ابن مسعود لكانت معارضة بما رواه الإمام أحمد بسندٍ صحيح عن أنس رضي الله عنه أنه قال لمن سأل عن المزفت: نهى رسول الله ﷺ عن المزفت، وقال: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ» فقال له السائل: صدقت. فالشربة والشربتان على الطعام؟ فقال له أنس: ما أسكر كثيره فقليله حرام. وقد سبق أن الجمهور رووا عن ابن مسعود قوله: أحدث الناس أشربة لا أدري ما هي، ما لي شراب منذ عشرين سنة إلا الماء، والعسل، واللبن، وإذا اختلف قوله كان قوله الموافق لأخوان من الصحابة مع موافقة الحديث المرفوع الصحيح، أولى.

ورد على الحنفية فيما روي عن عائشة رضي الله عنها أنه ضعيف؛ لأن في سنده سماك بن حرب عن قرفاصة، وسماك ضعيف، وقرفاصة مجهولة.

وقد روينا سابقاً عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: «ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام»، وقد روى الدارقطني في «سننه» عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «إن الله لم يحرم الخمر لاسمها، وإنما حرمها لعاقبتها، فكل شراب يكون عاقبته كعاقبة الخمر فهو حرام كالخمر».

ورد عليهم فيما روي عن عمر رضي الله عنه أن الأول ضعيف؛ لأن في سنده سعيد بن ذي لعوة، قال فيه البخاري، وغيره: سعيد بن ذي لعوة مجهول لا يعرف.

ولو سلمنا صحته لما دل على إباحة القليل، وجلد عمر رضي الله عنه في السكر لا يدل على إباحة القليل؛ لأن عمر جلد ابنه في شرب الطلاء، روى مالك رضي الله عنه عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد، أنه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال: إني وجدت من فلان ريح شراب، فزعم أنه شراب الطلاء، وأنا سائل عما شرب، فإن كان يسكر جلدته، فجلده عمر الحد تاماً» فدل جلده لابنه في شرب الطلاء الذي لم يسكر منه على حرمة القليل، ووجوب العقوبة فيه، وإن كان قليلاً؛ لأن ابنه أجاب أباه عما شرب مع وجود الرائحة الدالة على قرب زمن الشرب. وهذا الأثر أقوى من الأول، فوجب العمل بما دل عليه.

ولو سلمنا أن عمر رضي الله عنه جلد في السكر فقط لما دل ذلك على إباحة القليل؛ لأن العقوبة تدرأ بالشبهة احتياطاً وأما الحرمة فتثبت في القليل كالكثير احتياطاً؛ لأنه مقدمة الكثير، وداع إليه ومقدمة الحرام حرام.

وأما الأثران الآخران فصحيحان، ولكنهما ليسا نصاً في أن الشراب بلغ حد الإسكار، بل فيهما ما يدلُّ على أنه لم يبلغ هذا الحد وهو كسره بالماء، لأنه لو بلغ حد الإسكار ما أفاده الكسر بالماء الإباحة، كما سبق عن الطحاوي، فدل ذلك على أن التطيب كان لأمر آخر؛ إما لشدة الحلاوة، وإما لشدة الحموضة، يدل على ذلك ما روى النسائي عن عقبة بن فرقد قال: كان النبيذ الذي شربه عمر بن الخطاب قد خُلل، قال النسائي: ومما يدل على صحة ذلك حديث السائب بن يزيد المذكور سابقاً.

وروى الأثرم عن الأوزاعي، أن عمر إنما كسره بالماء لشدة حلاوته، قال الحافظ: ويمكن الحمل على حالتين: هذه لمّا لم يقطب، وأما عندما قطب فكان لحموضته. =

....

= قال البيهقي، وابن حزم: حمل هذه الأشربة على أنهم خشوا أن تتغير فتشتد، فجوزوا صب الماء فيها، ليمتنع الاشتداد أولى من حملها على أنها كانت بلغت حد الإسكار، فكان صب الماء عليها لذلك؛ لأن مزجها بالماء لا يمنع إسكارها، إذا كانت بلغت حد الإسكار.
قال ابن المنذر: وجاء أهل الكوفة بأخبار معلة، وإذا اختلف الناس في شيء وجب رده إلى كتاب الله وسنة رسوله الصحيحة، وما روي عن بعض التابعين؛ أنه شرب الشراب الذي يسكر كثيره، فللقوم ذنوب يستغفرون الله منها، وليس يخلو ذلك من أحد معنيين؛ إما مخطىء أخطأ في التأويل على حديث سمعه، أو رجل أتى ذنباً لعله أن يكثر من الاستغفار لله تعالى.
وقال النسائي: أن أول من أحل المسكر من الأنبذة إبراهيم النخعي، وهذه زلةُ عالم، وقد حذَّرنا من زلة العلماء، ولا حجة في قول أحد مع السنة، وذكر أيضاً عن ابن المبارك قال: ما وجدت الرخصة في المسكر عن أحد صحيحاً، إلا عن إبراهيم.
ورد عليهم في المعقول:
أما الأول: فإنا لا نسلم أن ما عمت به البلوى يجب أن يكون بيانه عاماً؛ لأن هذا أصلٌ مختلفٌ فيه، ويجوز أن يكون بيان ما عم به البلوى خاصًا من أخبار الآحاد، كما أن تحريم الكلام في الصلاة مما تعمُّ البَلوَى، وهو من أخبار الآحاد.
ولو سلَّمنا هذا الأصل لما سلمنا أنه غير مستفيض، لأنه قد استفاض بيانه، فإن النبي ﷺ أمر مناديه أن ينادي بتحريم الخمر في أرجاء «المدينة»، وقد أخبر أبو طلحة بذلك وهو على شرابه في بيته، فأمر أنساً بإراقة ما كان عنده من النبيذ ولو سلمنا أن الاستفاضة في البيان غير كافية لقلنا: إنه استفاض نقلاً وبياناً وإنما وقع الخلاف في التأويل. ولو سلمنا أنه لم يستفض نقله وبيانه لقلنا: إن بيانه مأخوذ من نص الكتاب في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ. . . .﴾ الآية، فأجزأ بيانُ الكتاب عن الاستفاضة في السُّنة.
وأما الثاني: فلا نسلم أن تحريم الأنبذة نسخ، بل هو ابتداء شرع؛ لأنهم كانوا في صدر الإسلام مستديمين لشربها على الإباحة السابقة، فجاء الشرع بتحريمها، وما هذه سبيله يجوز أن يثبت بأخبار الآحاد. ولهذا نظير، فقد نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطيور، ويجوز إثباته بالقياس؛ كما جاز إثبات الربا في الأرز قياساً على البُرّ.
وخلاصته: أن رفع الإباحة الأصلية ليس نسخاً، إذ النسخ رفع حكم شرعي بدليل شرعي متأخر، أو بيان انتهاء أحد الحكم الشرعي الأول، والإباحة الأصلية ليست حكماً شرعياً، إذ لم تثبت بخطاب.
فإن قيل: الإباحة ثبتت بخطاب، وهو قول الله تعالى: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَراً وَرِزْقاً حَسَناً﴾ فيكون رفعها نسخاً.
قلنا: لو سلمنا ذلك لكان نسخها مأخوذ من نص الكتاب وهو قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ. . . . .﴾ الآيتين.
على أن الذي رفع حكمه في الآية إنما هو المتخذ من ثمرات الشجرتين، والكلام في المتخذ من غيرهما فهو بحث في غير محلِّ النزاع ـ ولو قدرنا أنها لم تنسخ بالآية، وأن المراد بالسكر الوارد في الآية مطلق المسكر من أي مادة ـ لما امتنع أن ينسخ ما يستفيض بيانه، وإن لم يستفض نقله، ولهذا نظير فقد حولت القبلة إلى الكعبة، وأهل قباء في الصلاة متوجِّهين إلى بيت المقدس، فتحولوا إلى الكعبة، لما أخبرهم من أخبرهم بالتحول وهو واحد، وقد عملوا به في النسخ.

....

= فإن قيل: قول الله تعالى: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالأَعْنَابِ......﴾ الآية من قبيل الإخبار، والخبر لا يدخله النسخ.

قلنا: الجواب ما ذكره ابن العربي بقوله: إن هذا كلام من لم يتحقق الشريعة، وقد بينا أن الخبر إذا كان عن الوجود الحقيقي، أو عن إعطاء ثواب فضلاً من الله تعالى فهو الذي لا ينسخ، فأما إذا تضمن الخبر حكماً شرعياً، فالأحكام تتبدل وتنسخ جاءت بخبر أو بأمر، ولا يرجع النسخ إلى نفس اللفظ، وإنما يرجع إلى ما تضمنه قال القرطبي: والمسألة أصولية وهي أن الإخبار عن الأحكام الشرعية هل يجوز نسخها أم لا، اختلف في ذلك، والصحيح جوازه لهذه الآية، وما كان مثلها؛ ولأن الخبر عن مشروعية حكم ما يتضمن طلب ذلك المشروع، وذلك الطلب هو الحكم الشرعي الذي يستدل على نسخه، والله أعلم.

ثم قال: على أن الآية وإن كانت خبراً لفظاً، فهي تحتمل الإنشاء معنى، ويكون المعنى على الاستفهام الإنكاري، أي: أتتخذون من الثمرات سكراً، وتدعون رزقاً حسناً: الخل، والزبيب، والتمر، كقوله: «فَهُمُ الْخَالِدُونَ»، أي: «أَفَهُمُ الْخَالِدُونَ» والله أعلم.

ورد عليهم في الثالث: أن الخمر اسم عام لكل شراب مسكر كما سبق، فنص التحريم من الكتاب شامل للجميع، كما تبادر فهم ذلك إلى ذهن الصحابة، حين نزول آية التحريم، فتركوا قليل النبيذ وكثيره، وأراقوه وأتلفوا آنيته، وعلى تسليم أن الخمر خاص، فإن تحريمها لم يكن مقصوراً على أهل المدينة، بل هو عام لسائر الخلق، وإذا كان النبيذ بالمدينة أكثر من الخمر فإن الخمر بالشام وغيرها أكثر من النبيذ، والبعيد أحوج إلى عموم البيان من القريب.

ورد عليهم في الرابع: أن الله لما حرم السكر، ولم يغن عنه بمباح من جنسه ـ جاز أن يحرم قليل المسكر، وإن لم يغن عنه بمباح من جنسه على أنه قد أباح من جنسه ما يغني عنه مما لا يسكر، كالعصير، والنقيع غير الشديدين، والشرب والخل فأغنى عن المسكر.

ورد عليهم في الخامس أنهم قد عرفوا لذتها قبل التحريم، فأغنى عن المعرفة بعده، فإن قيل: إن ذلك خاصٌ بمن شربها قبل التحريم.

فالجواب القاطع: أن خمر الجنة غير مسكرة، لأن الله تعالى وصفها بقوله: ﴿لاَ فِيهَا غَوْلٌ وَلاَ هُمْ عَنْهَا يُنْزِفُونَ﴾ بخلاف خمر الدنيا. والله أعلم.

هذه أدلة الطرفين ومناقشتها في قليل النيء من الأنبذة المسكرة المتخذة من غير ثمرات النخيل والأعناب إذا أخذ للتقوى أو استمراء الطعام. ولا شك أن من نظر فيها نظرة منصف مجرد عن الأغراض المذهبية علم أن الحق الذي لا تشوبه شائبة في جانب الجمهور القائلين بتحريم قليل كل شراب يسكر كثيره من أي مادة اتخذ الشراب متى اتصف بصفة الإسكار من الشدة المطربة سواء أشرب للهو وطرب أم للتقوى أو استمراء الطعام، وقد تأيد ذلك بنصوص السنة الكثيرة الصريحة التي لا تحتمل التأويل من مثل قول الرسول ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وقوله: «ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام، أو فالحسوة منه حرام».

ينظر: أحكام الخمور لشيخنا السمطاوي، نيل الأوطار (٨/ ١٤٤)، نصب الراية (٤/ ٣٠٢، ٣٠٤)، الأم (٦/ ١٧٧)، المبسوط: (٢٤/ ٤)، فتح القدير (٤/ ١٨٣).

وعن محمد (رحمه الله) روايتان: في روايةٍ لا يحل شربه، لكن لا يجب الحد إلاَّ بالسكر.

وفي روايةٍ قال: لا أحرمه، ولكن لا أشرب منه، والحجج تذكر في الثلث فأبو حنيفة وأبو يوسف (رحمهما الله) يحتاجّان إلى الفرق بين المطبوخ أدنى طبخة والمنصف من عصير العنب.

ووجه الفرق لهما أَنَّ طَبْخَ العصير على هذا الحد وهو أن يذهب أقل من ثلثيه لا أثر له في العصر؛ لأن بعد الطبخ بقيت فيه قوة الإِسكار بنفسه.

أَلاَ ترى أنه لو ترك يغلي ويشتد من غير أن يخلط بغيره، كما كان قبل الطبخ، لم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقي على حاله؛ بخلاف نبيذ التمر ونقيع الزبيب؛ لأنه ليس فيه قوة الإِسكار بنفسه.

ألا ترى أنه لو ترك على حاله ولا يخلط به الماء لم يحتمل الغليان أصلاً؛ كعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والماء يغلي ويسكر إذا خلط فيه الماء وإذا لم يكن مسكراً بنفسه، بل بغيره، جاز أَنْ يتغير حاله بالطبخ، بخلاف العصير على ما ذكرنا، وإلى هذا أشار سيدنا عمر (رضي الله عنه) فيما روينا عنه من قوله: «يَذْهَبُ حرامُهُ وريح جنونِهِ» يعني إذا كان يغلي بنفسه بأن طبخ حتى ذهب ثلثاه، فقد ذهب سلطانه، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

هذا إذا نقع الزبيب المدقوق في الماء، ثم طبخ نقيعه أدنى طبخة، فأما إذا نقع الزبيب كما هو وصفى ماؤه، ثم طبخ أدنى طبخة فقد روى محمدٌ عن أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهم الله) أنه لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه.

ووجهه ما ذكرنا أَنَّ انقاع الزبيب إحياء للعنب، فلا يحل به عصيره إلاَّ بما يحل به عصير العنب، وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنه يعتبر في ذلك أدنى طبخة؛ لأنه زبيب انتفخ بالماء، فلا يتغير حكمه، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وأما المثلث فنقولُ: لا خلاف في أنه ما دام حلواً لا يسكر يحل شربه، وأما المعتقُ المُسْكِرُ فيحلُّ شربه للتداوي، واستمراء الطعام، والتقوى على الطاعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف (رضي الله عنهما).

وروى محمد (رحمه الله) لا يحل، وهو قول الشافعيِّ (رحمه الله)، وأجمعوا على أنه لا يحل شربه للهو والطرب؛ كذا روى أبو يوسف (رحمه الله) في الأمالي، وقال لو أراد أن يشرب المسكر، فقليلُهُ وكثيرُهُ حرامٌ، وقعوده لذلك والمشي إليه حرام.

وجه قول محمد والشافعي (رحمهما الله) ما روي عن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ»[١] وروي عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٢٩٢) كتاب الأشربة: باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام، حديث (١٨٦٥) وأبو داود (٤/ ٨٧) كتاب الأشربة: باب النهي عن المسكر، حديث (٣٦٨١) وابن ماجه (٢/ ١١٢٥) كتاب الأشربة: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام، حديث (٣٣٩٣) وابن الجارود في المنتقى ص (٢٩١) باب ما جاء في الأشربة، حديث (٨٦٠) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢١٧) كتاب الأشربة، باب ما يحرم من النبيذ، والبيهقي (٨/ ٢٩٦) كتاب الأشربة، باب ما أسكر كثيره فقليله حرام. وابن حبان (١٣٨٥ ـ موارد) من طريق محمد بن المنكدر عن جابر به.

وقال الترمذي: حسن غريب.

وصححه ابن حبان.

وفي الباب عن جماعة من الصحابة وهم علي وعائشة وعبد الله بن عمرو وخوات بن جبير وزيد بن ثابت وسعد بن أبي وقاص.

حديث علي:

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٥٠) كتاب الأشربة (٢١) من طريق عيسى بن عبد الله بن عمر بن علي بن أبي طالب حدثني أبي عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام وما أسكر كثيره فقليله حرام» قال أبو الطيب آبادي في «التعليق المغني» (٤/ ٢٥٠ ـ ٢٥١): فيه عيسى بن عبد الله عن آبائه تركه الدارقطني.

حديث عبد الله بن عمرو:

أخرجه أحمد (٢/ ١٦٧) والنسائي (٨/ ٣٠٠) كتاب الأشربة: باب تحريم كل شراب اسكر كثيره وابن ماجه (٢/ ١١٢٥) كتاب الأشربة: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام حديث (٣٣٩٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢١٧) والدارقطني (٤/ ٢٥٤) كتاب الأشربة (٤٣) والبيهقي (٨/ ٢٩٦) كتاب الأشربة: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

حديث خوات بن جبير:

أخرجه الحاكم(٣/ ٤١٣) والدارقطني (٤/ ٢٥٤) كتاب الأشربة (٤٤) والعقيلي في «الضعفاء» (٢/ ٢٣٣) من طريق عبد الله بن إسحاق بن الفضل بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب قال ثنى أبي عن صالح بن خوات بن صالح بن خوات بن جبير عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال: ما أسكر كثيره فقليله حرام وسكت عنه الحاكم والذهبي وضعفه العقيلي.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٦٠) وقال: رواه الطبراني في «الكبير والأوسط» وفيه عبد الله بن إسحاق الهاشمي قال العقيلي: له أحاديث لا يتابع منها على شيء وذكر له الذهبي هذا الحديث.

حديث زيد بن ثابت:

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٦٠) عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وقال الهيثمي: رواه الطبراني في «الكبير والأوسط» وفيه إسماعيل بن قيس وهو ضعيف جداً.

حديث سعد بن أبي وقاص:

أخرجه النسائي (٨/ ٣٠١) كتاب الأشربة: باب تحريم كل شراب أسكر قليله والدارمي (٢/ ١١٣) كتاب =

قال: «كُلُّ مُسْكِرٍ مِنْ عَصِيرِ العِنَبِ، إِنَّما سُمِّيَ خَمْراً لِكَوْنِهِ مُخَامِراً لِلعَقَلِ»[١] ومعنى المخامرة يوجدُ في سائر الأشربة المسكرة.

وأبو حنيفة وأبو يوسف (رضي الله عنهما) احتجَّا بحديثِ رسولِ الله ﷺ وآثار الصحابة الكرام (رضي الله عنهم).

أما الحديثُ فما ذكره الطحاوي (رحمه الله) في «شرح الآثار» عن عبد الله بن سيدنا عمر (رضي الله تعالى عنهما) أنَّ النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) أُتي بنبيذٍ، فَشَمَّهُ، فقطب وجهَهُ لشدتِهِ، ثم دعا بماء فصبَّهُ عليه، وشَرِبَ منه[٢].

وأما الآثار، فمنها: ما رُوِيَ عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أنه كان يشربُ النبيذَ الشديدَ، ويقولُ: إِنَّا لتنحرُ الجزورَ وأن العتق منها لآل عمر، ولا يقطعه إلاَّ النبيذ الشديد.

ومنها: ما رَوَيْنَا عنه أنه كتب إلى عمار بن ياسر (رضي الله عنهما) أني أُتيت بشرابٍ من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه، يبقى حلاله ويذهب حرامه وريحِ جنونه، فَمُرْ من قِبَلَكَ فليتوسعوا مِنْ أشربتهم، نص على الحل ونبه على المعنى وهو زوالُ الشدة المسكرة؛ بقوله: «ويذهب ريح جنونه» وندب إلى الشرب بقولِهِ: «فليتوسعوا من أشربتهم».

ومنها: ما رُوِيَ عن سيدنا عليٍّ (رضي الله تعالى عنه) أنه أضاف قوماً فسقاهم، فسكر بعضُهم فَحَدَّهُ، فقال الرجلُ تسقيني ثم تحدني، فقال سيدنا عليٌّ (رضي الله عنه): إنما أحدك للسكر.

وروي هذا المذهب عن عبد الله بن عباس، وعبد الله بن سيدنا عمر (رضي الله تعالى عنهما) أنه قال: حين سُئل عن النبيذِ أشرب الواحد والاثنين والثلاثة، فإذا خفتَ السكْرَ، فَدَعْ.

وإذا ثبت الإحلال من هؤلاء الكبار من الصحابة الكرام (رضي الله عنهم) فالقولُ بالتحريم يرجعُ إلى تفسيقهم وأنه بدعة؛ ولهذا عد أبو حنيفة (رضي الله عنه) إحلال المُثَلَّثِ من شرائطِ مذهب السنة والجماعة، فقال في بيانها: أَنْ يُفَضِّلَ الشيخين ويجب الختنين، وَأَنْ يرى

= الأشربة: باب ما قيل في المسكر والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢١٦) وأبو يعلى (٢/ ٥٥) رقم (٦٩٤، ٦٩٥) وابن حبان (١٣٨٦ ـ موارد) والبيهقي (٨/ ٢٩٦) من طريق عامر بن سعد عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «أنهاكم عن قليل ما أسكر كثيره».
صححه ابن حبان.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢١٨) وابن أبي شيبة (٥/ ١١٠) كتاب الأشربة: باب من كان يقول: إذا اشتد عليك فاكسره بالماء حديث (٢٤٢١٠).

المسح على الخفين، وَأَنْ لاَ يُحَرِّمُ نَبِيذَ الخمرِ لما أن في القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابةِ (رضي الله تعالى عنهم)، والكف عن تفسيقهم، والإمساك عن الطعن فيهم؛ من شرائط السنة والجماعة.

وأما ما ورد من الأخبار ففيها طعنٌ ثم بها تأويلٌ، ثم قول بموجبها، أما الطعن: فإن يحيى بن معين (رحمه الله) قد رَدَّها، وقال: لا تصح عن النبي (عليه السلام) وهو من نقلة الأَحاديث، فطعنه يوجب جرحاً في الحديثين.

وأما التأويلُ: فهو أنها محمولة على الشربِ للتلهي؛ توفيقاً بين الدلائل؛ صيانةً لها عن التناقض.

وأما القولُ بالموجب: فهو أن المسكر عندنا حرامٌ وهو القدح الأخير، لأن المسكر لا يحصل به الإِسكار، وأنه لا يحصل بالقدح الأخير، وهو حرام قليلُه وكثيرُهُ، وهذا قول بموجب الأَحاديث إن ثبتت بحمد الله (تعالى).

وأما قولهم: إن هذه الأشربة خمرٌ لوجود معنى الخمر فيها، وهو صفة مخامرة العقل، قلنا: اسم الخمر للنيء مِنْ مَاءِ العنب إذا صار مسكراً حقيقةً ولسائر الأشربة مجازٌ؛ لأَن معنى الإسكار والمخامرة فيه كاملٌ، وفي غيره من الأشربة ناقصٌ، فكان حقيقة له مجازاً لغيره؛ وهذا لأَنه لو كان حقيقة لغيره لكان الأَمر لا يخلو من أحد وجهين: إما أن يكون اسماً مشتركاً، وإما أن يكون اسماً عامًا، لا سبيل إلى الأَول؛ لأَن شرط الاشتراك اختلاف المعنى، فالاسمُ المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق؛ كاسم العين ونحوها، وههنا ما اختلف، ولا سبيل إلى الثاني لأَن من شرط العموم أن تكون أفراد العموم متساوية في قبول المعنى الذي وضع له اللفظ لا متفاوتة، ولم يوجد التساوي ههنا، وإذا لم يكن بطريق الحقيقة تعين أنه بطريق المجاز، فلا يتناولها مطلق اسم الخمر، والله أعلم.

وأما الجُمْهُورِيُّ: فحكمه حكم المثلث؛ لأَنه مثلث يرق بصب الماء عليه، ثم يطبخ أَدْنَى طبخة لئلاً يفسد.

وأما الخليطان: فحكمُهُمَا عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد من النيء عنهما والمطبوخ وقد ذكرناه، وقد رُوِيَ عَنْ رسولِ الله ﷺ أنه نهى عن شرب التمرِ والزبيبِ جميعاً، والزهو والرطب جميعاً، وهو محمولٌ على النيء والسكر منه، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

وروي أنه (عليه السلام) نهى عن نبيذِ البسرِ والتمر والزبيب جميعاً[1] ولو طُبخ أحدُهما

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٦٣) والبخاري (١٠/ ٦٧) كتاب الأشربة، باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكراً، حديث (٥٦٠١) ومسلم (٣/ ١٥٧٤) كتاب الأشربة، باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين، حديث (١٦ ـ ١٩/ ١٩٨٦) وأبو داود (٤/ ٩٩) كتاب الأشربة، باب في الخليطين، حديث =

ثم صب قدح من النيء فيه أفسده؛ سواء كان من جنسه أو خلاف جنسه؛ لأنَه اجتمع الحلال والحرام فيغلب الحرام الحلال، ولو خلط العصير بالماء فإن ترك حتى اشتد لا شك أنه لا يحل، وَإِن طبخ حتى ذهب ثلثاه ففيه نظر؛ إن كان الماء هو الذي يذهب أولاً بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه فيحل، وإن كان الماء والعصير يذهبان معاً بالطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة، فلا يحل، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

وأما المِزْرُ والجِعَةُ والبِتْعُ وما يُتَّخَذُ من السكر والتين ونحو ذلك، فيحل شربه عند أبي حنيفة (رضي الله عنه)، قليلاً كان أو كثيراً، مطبوخاً كان أو نَيّاً، ولا يُحَدُّ شاربه وإن سكر.

وروي عن محمد (رحمه الله) أنه حرامٌ بناء على أصله، وهو أن ما أسكر كثيره فقليلُه حرامٌ كالمثلث.

وقال أبو يوسف (رحمه الله) ما كان من الأشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد، فإني أكرهه؛ وكذا روي عن محمدٍ، ثم رجع أبو يوسف عن ذلك إلى قولِ أبي حنيفة (رضي الله عنه).

وجه قول أبي يوسف الأول أَنَّ بَقَاءَهُ وعدم فساده بعد هذه المدة دَلِيلُ شدته، وشدتُهُ دليلُ حرمته.

وجه قول أبي حنيفة (رحمه الله) أن الحرمة متعلقةٌ بالخمرية لا تثبت إلاَّ بشدة، والشدةُ لا توجد في هذه الأشربة، فلا تثبت الحرمة، والدليلُ على انعدام الخمرية أيضاً ما روينا عن النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ» ذكر (عليه الصلاة والسلام) الخمر بلام الجنس، فاقتضى اقتصار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين، وإنما لا يجب الحد وإن سكر منه؛ لأنه سكرٌ حصل بتناول شيء مباح، وأنه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخبز في بعض البلاد؛ بخلاف ما إذا سكر بشرب المثلث أنه يجب الحد؛ لأن السكر هناك حصل بتناول المحظور وهو القدح الأخير.

= (٣٧٠٣) والترمذي (٤/٢٩٨) كتاب الأشربة، باب ما جاء في خليط البسر والتمر حديث (١٨٧٦) والنسائي (٨/ ٢٩٠ ـ ٢٩١) كتاب الأشربة باب خليط البسر والرطب، خليط البسر والتمر، خليط البسر والزبيب وابن ماجه (٢/ ١١٢٥) كتاب الأشربة، باب النهي عن الخليطين، حديث (٣٣٩٥) والبيهقي (٨/ ٣٠٦) كتاب الأشربة، باب الخليطين. من حديث جابر بن عبد الله «أن رسول الله ﷺ نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً» وأخرجه أحمد (٣/ ٧١) ومسلم (٣/ ١٥٧٤ ـ ١٥٧٥) كتاب الأشربة باب كراهة انتباذ التمر، حديث (٢٠، ٢١/ ١٩٨٧) والترمذي (٤/ ٢٩٨) كتاب الأشربة، باب ما جاء في خليط البسر والتمر، حديث (١٨٧٧) والنسائي (٨/ ٢٩٠) كتاب الأشربة، باب خليط الزهو والبسر من حديث أبي سعيد الخدري: «أن النبي ﷺ نهى عن التمر والزبيب أن يخلط بينهما وعن التمر والبسر أن يخلط بينهما».

وأما ظروف الأشربة المحرمة فيباح الشرب منها إذا غسلت إلاَّ الخزف الجديد الذي يتشرب فيها على الاختلاف الذي عرف في «كتاب الصلاة»، والأصلُ فيه قولُ النبيِّ (عليه الصلاة والسلام): «إِنِّي كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ الشُّرْبِ فِي الدُّبَّاءِ والحَنْتَمْ والمزفت، أَلاَ فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ ظَرْفٍ، فَإِنَّ الظُّرُوفَ لاَ تُحِلُّ شَيْئاً وَلاَ تُحَرِّمُهُ»[1].

---

(١) الدباء القرع، المزفت أو المقير ما دهن بهذه المادة. الحنتم: الخزف على أن لون، النقير: أصل النخلة، ينقر ثم يقشر، المزادة المجبوبة: هي السقاء الكبير سميت بذلك لأنه يزاد فيها على الجلد الواحد، كذا قال النسائي، والمجبوبة بالجيم بعدها موحدتان بينهما واو هي التي تقطع رأسها فتصير كالدن مشتقة من الجب وهو القطع لكون رأسها يقطع حتى لا تبقى لها رقبة.
نقول: اتفق الفقهاء على حل الإنتباذ في اسقية الجلد غير المزادة المجبوبة واختلفوا في الانتباذ في الأوعية المذكورة:
فذهب الجمهور إلى جواز الانتباذ فيها. وأن النهي عنها قد نسخ وذهب عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم إلى حرمة الانتباذ في هذه الأوعية، وبقاء النهي عنها.
واستدل الجمهور بالسنة ومنها ما يأتي:
الأول: ما روي عن أنس رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النبيذ في الدباء والنقير والحنتم والمزفت، ثم قال بعد ذلك ألا كنت نهيتكم عن النبيذ في الأوعية فاشربوا فيما شئتم ولا تشربوا مسكراً، من شاء أوكى سقاءه على أثم» رواه الإمام أحمد.
الثاني: ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن الظروف فقالت الأنصار إنه لا بد لنا منها قال فلا إذاً.
الثالث: ما رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي عن بريدة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كنت نهيتكم عن الأشربة إلا في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير ألاّ تشربوا مسكراً».
وجه الدلالة: قال الإمام النووي: كان الانتباذ في هذه الأوعية منهياً عنه في أول عهد التحريم خوفاً من أن يصير النبيذ فيها مسكراً، ولا يعلم به لكثافتها فتتلف ماليته على صاحبه، وربما شربه الإنسان ظاناً أنه لم يصر مسكراً فيصير شارباً للمسكر، وكان العهد قريباً بإباحة المسكر فلما طال الزمان واشتهر تحريم المسكر وتقرر ذلك في نفوسهم نسخ ذلك وأبيح لهم الانتباذ في كل وعاء بشرط ألا يشربوا مسكراً، وهذا صريح قوله ﷺ في حديث بريدة المذكور في آخر هذه الأحاديث: «كنت نهيتكم عن الانتباذ إلا في سقاء فاشربوا في كل وعاء غير ألا تشربوا مسكراً».
وقال ابن بطال إنما كان الانتباذ في الأوعية منهياً عنه قطعاً للذريعة، فلما قالوا لا نجد بداً من الانتباذ في الأوعية قال: «انتبذوا وكل مسكر حرام» وهكذا الحكم في كل شيء نهى عنه بمعنى النظر إلى غيره فإنه يسقط للضرورة كالنهي عن الجلوس في الطرقات فلما قالوا لا بد لنا منها قال: «فأعطوا الطريق حقها».
واستدل القائلون ببقاء النهي وحرمة الانتباذ فيها بالسنة. وهي ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن وفد عبد القيس قدموا على النبي ﷺ فسألوه عن النبيذ فنهاهم أن ينبذوا في الدباء والنقير والمزفت والحنتم.
وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لوفد عبد القيس: «أنهاكم عن الدباء والحنتم والنقير والمقير والمزادة المجبوبة، ولكن اشرب في سقائك وأوكه» رواه مسلم والنسائي وأبو داود. وما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الحنتمة وهي الجرة وعن الدباء وهي القرعة =

....

= ونهى عن النقير وهي أصل النخلة ينقر نقراً وينسح نسحاً، ونهى عن المزفت وهو المقير وأمر أن ينبذ في الأسقية» رواه أحمد ومسلم والنسائي والترمذي وصححه.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الانتباذ في هذه الأوعية المذكورة وحقيقة النهي التحريم ولم يوجد له صارف.

وروى ابن حزم أن علياً كرم الله وجهه شرب من نبيذ فلما بلغه أنه نبيذ جرّ تقيأه.

وروي أيضاً عن نصر بن عمران الضبعي قال: قلت لابن عباس: إني أنتبذ في جرة خضراء نبيذاً حلواً فأشرب منه فيقرقر في بطني، قال ابن عباس: «لا تشرب منه ولو كان أحلى من العسل» يقرقر: بصوت المختار ص ٥٢٨.

وأسند الطبري عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «لأن أشرب من قمقم محمّى فيحرق ما أمرق، ويبقي ما أبقى أحب إلي من أن أشرب نبيذ الجرّ».

قيل لبعض الصحابة الذاهبين إلى بقاء النهي عن الانتباذ فيها إن النهي عن الانتباذ فيها قد نسخ بما صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: «كنت نهيتكم عن الأشربة إلا في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير ألاّ تشربوا مسكراً» فهذا الحديث نص صريح في تقدم النهي عن الانتباذ فيها ثم نسخه بعد ذلك ولا حكم للمنسوخ بعد صحة الأذن منه عليه الصلاة والسلام في الانتباذ فيها.

والذي اختاره مذهب الجمهور من إباحة الانتباذ في هذه الأوعية التي كان منهياً عن الانتباذ فيها ما دام الشراب لم يصل إلى حد الإسكار وإنما نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الانتباذ فيها أولاً لأن العهد بإباحة الخمر كان قريباً والنفوس مولعة بشربها وقد كانوا ألفوا الانتباذ في هذه الأوعية فنهى الرسول عليه السلام عن الانتباذ فيها سداً للذريعة، ثم لمّا شكوا إليه عدم قدرة كل واحد منهم على أسقية الجلد التي أذن فيها، أذن لهم في الانتباذ في الجرار غير المدهونة لأنها أقل إسراعاً إلى استعداد الشراب من المدهونة ليتسع المجال أمامهم وترتفع المشقة عنهم، ولما طال الزمن واستقر تحريم المسكر في نفوسهم أباح لهم الرسول عليه السلام الانتباذ في كل وعاء وبين لهم أن الظرف لا دخل له في التحريم ولا في التحليل، وإنما مدار التحريم والتحليل على صفة الشراب من الشدة والطرب فما كان مشتداً مطرباً فهو حرام، وما لم يكن كذلك فهو مباح، ويستوي في هذا الانتباذ في جميع الأوعية، وأما بعض الصحابة المتمسكون ببقاء النهي عن الانتباذ فيها فلعلهم لم يبلغهم الناسخ، كما قال الخطابي، وهذا الجواب لا محيض عنه، لأن الصحابة هم أسرع الناس امتثالاً وقبولاً لأمر الله ورسوله عليه السلام لا يليق بمكانتهم أن يبلغهم الناسخ ويتمسكوا معه بالمنسوخ.

فإن قيل: فما الفرق بين أسقية الجلد التي أذن النبي عليه السلام في الانتباذ فيها أول الأمر وبين غيرها مما نهى عنه؟

قلنا: إن أسقية الجلد لرقتها يتخللها الهواء من مسامها فلا يسرع التغير إلى ما فيها كما يسرع إلى ما في غيرها من الأوعية الكثيفة المنهى عنها، وأيضاً فإن السقاء إذا نبذ فيه وربط أمنت من مفسدة الإسكار لأنه إذا تغير واشتد وصار مسكراً شق الجلد فما دام لم يشقه فهو غير مسكر بخلاف الأوعية الأخرى فإنها لكثافتها يصير النبيذ فيها مسكراً ولا يعلم به.

ينظر: أحكام الخمور لشيخنا السمطاوي، نيل الأوطار (٨/ ١٥٢)، فتح الباري (١٠/ ٤٧)، المحلى لابن حزم (٧/ ٤٩٧).

وأما بيان حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد فقد اختلف في حده، قال أبو حنيفة (رضي الله عنه): السكران الذي يحد هو الذي لا يعقل قليلاً ولا كثيراً، ولا يعقل الأرض من السماء، والرجل، من المرأة، وقال أبو يوسف (رحمه الله تعالى) ومحمد (رحمه الله): السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان.

وروي عن أبي يوسف أنه يمتحن بـ﴿قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ [الكافرون:١] فيستقرأ فإن لم يقدر على قراءتها فهو سكران؛ لما روي أن رجلاً صنع طعاماً فدعى: سَيِّدَنَا أبا بكر، وسيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا عليًا، وسيدنا سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنهم)، فأكلوا وسقاهم خمراً، وكان قبل تحريم الخمر، فحضرتهم صلاة المغرب فأمهم واحدٌ منهم فقرأ: ﴿قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ [الكافرون:١] على طرح: لا أعبد ما تعبدون فنزل قوله (تبارك وتعالى): ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[(١)] [النساء:٤٣].

وهذا الامتحان غير سديدٍ؛ لأن مِنَ السكارى مَنْ لم يتعلم هذه السورة من القرآن أصلاً، ومن تعلم فقد يتعذر عليه قراءتها في حالة الصحو خصوصاً مَنْ لا اعتناء له بأمرِ القرآن، فكيف في حالة السكر.

وقال الشافعي (رحمه الله) إذا شرب حتى ظَهَرَ أثرُهُ في مشيِهِ وأطرافه وحركاته فهو سكران، وهذا أيضاً غير سديدٍ؛ لأن هذا أمر لا ثبات له؛ لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس منهم مَنْ يَظْهَرُ ذلك منه بأدنى شيء، ومنهم من يظهر فيه، وإن بلغ به السكر غايتَهُ.

وجه قولهما شهادة العرف والعادة، فإن السكران في متعارف الناس اسم لمن هذى، وإليه أشار سيدنا علي (رضي الله عنه) بقوله: «إِذَا سَكَرَ هَذَىٰ وإذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون»، وأبو حنيفة (عليه الرحمة) يسلم ذلك في الجملة فيقول: أصلُ السكر يعرف بذلك، لكنه اعتبر في باب الحدود ما هو الغاية في الباب احتياطاً للدرء المأمور به بقوله ﷺ: «ادْرَؤُوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ»[(٢)] ولا يعرف بلوغ السكر غايته إلا بما ذكر، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم[(٣)].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٥) كتاب الأشربة باب في تحريم الخمر حديث (٣٦٦٩) والترمذي (٥/ ٢٣٨) كتاب التفسير: باب ومن سورة النساء حديث (٣٠٢٦) والحاكم (٤/ ١٤٢) من حديث علي بن أبي طالب.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب. وصححه الحاكم.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذهب الجمهور إلى أن السكران الذي يترتب على سكره الأحكام من التفسيق ووجوب الحد وغيرهما هو الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم وخرج عن مألوفه وعادته في حال صحوه، وهو رأي الصاحبين وعليه الفتوى. =

....

= وذهب أبو حنيفة إلى أن السكران الذي تترتب عليه الأحكام غير العقوبة أما من تجب عليه العقوبة فهو الذي لا يعرف السماء من الأرض ولا الطول من العرض ولا الرجل من المرأة.
واستدل الجمهور بالكتاب والسنة والأثر والمعقول.
أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ الآية.
وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى المؤمنين عن قرب الصلاة حتى يعلموا كل ما يقولون، لأن «ما» من صنيع العموم فدل ذلك على أن من لم يعلم كل ما يقول فهو سكران وإن علم البعض، يؤيد ذلك ما روى الترمذي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً فدعانا فأكلنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت ﴿قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون﴾ ونحن نعبد ما تعبدون، فأنزل الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾.
فهؤلاء أصحاب رسول الله ﷺ علموا بدخول وقت الصلاة وقاموا لأدائها وقدموا واحداً منهم ليؤمهم فيها وقصد هو إمامتهم والقراءة لهم، وقد عرفوا أركان الصلاة فأتوا بها ومع ذلك دلت الآية الكريمة على أنهم سكارى لخلطهم في القراءة فنهتهم عن القرب من الصلاة حتى يعلموا جميع ما يقولون فدل ذلك على أن السكران الذي يترتب على سكره جميع الأحكام هو الذي يختلط كلام لسكره إذ لا فرق بين حكم وحكم.
وأما السنة فما رواه الإمام أحمد عن أبي سعيد قال: أتى رسول الله ﷺ برجل نشوان فقال: إني لم أشرب خمراً إنما شربت زبيباً وتمراً في دباءة قال فأمر به فنهز بالأيدي وخفق بالبغال ونهى عن الدباء وعن الزبيب والتمر يعني أن يخلطا.
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر بضرب النشوان مع علمه بما شربه وأخباره به في حال نشوته، ولم تكن معرفته له دارئة عن العقوبة، فدل ذلك على أن السكران الذي يعاقب هو الذي يختلط غالب كلامه وأن وعى بعضه.
وأما الأثر فمنه ما يأتي:
الأول: ما رواه الدارقطني عن أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه في شرب الخمر قال: «إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون».
الثاني: ما رواه ابن حزم عن عمرو بن دينار عن يعلى بن منبه عن أبيه قال: سألت عمر بن الخطاب عن حد السكران فقال: «هو الذي إذا استقرىء سورة لم يقرأها وإذا اختلطت ثوبه مع ثياب لم يخرجه».
وجه الدلالة: أن هذين الأثرين عن عمر وعلي رضي الله عنهما دلاّ على أن السكران هو الذي يختلط كلامه وأنه يستحق العقوبة في تلك الحالة.
وأما المعقول فقالوا إن المجنون قد يعرف السماء من الأرض والطول من العرض والرجل من المرأة، ولو جعلنا ضابط السكران الذي يعاقب من لا يعرف شيئاً مما ذكر لاستلزم ذلك عدم عقوبته.
واستدل أبو حنيفة رضي الله عنه بالكتاب والأثر والمعقول.
أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾.
وجه الدلالة: أن الله تعالى عبر عن الصحو بعلم ما يقولون فكان السكر ضده وهو عدم العلم بشيء مما =

....

= يقولون فيكون السكران هو الذي لا يعلم شيئاً مما يقول لا كلاً ولا بعضاً.
وأما الأثر فما في المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: من بات سكران بات عريس الشيطان فعليه أن يغتسل.
وجه الدلالة: أن ابن عباس بين أن السكران هو الذي لا يحس ولا يشعر بشيء لذلك أمره بالاغتسال عند صحوه.
وأما المعقول فقال إن الحد عقوبة والحدود يؤخذ في أسبابها بأقصاها درء اللحد، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء، وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو.
ورد على أبي حنيفة رضي الله عنه في الآية أنها لا تدل على أن السكران هو الذي لا يعرف شيئاً مما يقول لأنها نزلت في علي كرم الله وجهه ومن كان معه ولم يصل سكرهم إلى الحد الذي اعتبره الإمام، لأنهم أدركوا دخول وقت الصلاة وقاموا لأدائها عالمين بها قاصدين فعلها مقدمين بعضهم ليؤمهم فيها وقصد هو إمامتهم ومع ذلك كله جعلهم الله سكارى لخلطهم في القراءة ولذا قال الكمال: «ومن استدل للإمام بهذه الآية على أن السكران هو الذي لا يعقل منطقاً فهو غريق في الخطأ، لأنها نزلت في علي وأصحابه، وأما قوله تعالى: ﴿حتى تعلموا﴾ الآية فإنما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون».
وورد عليه في الأثر الوارد عن ابن عباس أنه لا ينهض حجة في مقابلة السنة الصحيحة مع معارضته بما هو أقوى منه من أثرى عمر وعلي رضي الله عنهما.
وورد عليه في المعقول أنه لا يصلح لدرء العقوبة، ولو كان صالحاً لدرئها لكان الأولى في العمل به رسول الله ﷺ، وقد عرفه النشوان وأخبره بأنه لم يشرب خمراً وإنما شرب زبيباً وتمراً ومع ذلك فقد أمر الرسول ﷺ بضربه فضرب ولم يكن علمه بذلك شبهة دارئة عن العقوبة.
ينظر: أحكام الخمور لشيخنا السمطاوي، الهداية (٤/ ١٨٨)، نيل الأوطار (٧/ ١٢٠)، المحلى (٧/ ٥٠٨)، المبسوط (٢٤/ ٣٠).

كِتَابُ الاسْتِحْسَانِ(١)

وقد يسمى كتاب الحظر، والإِباحة، وقد يسمى «كتاب الكراهة»، والكلام في هذا الكتاب في الأصل في موضعين:

---

(١) وهو لغة: اعتماد الشيء حسناً، سواء كان علماً أو جهلاً.
قال بعضهم: هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى.
وقال بعضهم: هو تخصيص القياس بدليل أقوى.
قال إلكيا: وهو أحسن ما قيل في تفسيره، ما قاله أبو الحسن الكرخي؛ أنه قطع المسائل عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول عن الحكم الأول فيه إلى الثاني، سواء كان قياساً أو نصاً، يعني: أن المجتهد يعدل عن الحكم في مسألة بما يحكم في نظائرها إلى الحكم بخلافه؛ لوجه يقتضي العدول عنه، كتخصيص أبي حنيفة قول القائل: ما لي صدقة على الزكاة، فإن هذا القول منه عام في التصدق بجميع ماله.
وقال أبو حنيفة: يختص بمال الزكاة؛ لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، والمراد من الأموال المضافة إليهم: أموال الزكاة، فعدل عن الحكم في مسألة المال الذي ليس هو بزكويٍّ بما حكم به في نظائرها من الأموال الزكوية إلى خلاف ذلك الحكم دليل اقتضى العدول وهو الآية.
وقال البزدوي: الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص القياس بدليل أقوى منه.
وقال الكمال بن الهمام: الحنفية قسموا القياس: إلى جلي، وخفي، فالأول: القياس، والثاني: الاستحسان، فهو القياس الخفي بالنسبة إلى قياس ظاهر متبادر، ويقال لما هو أعم من القياس الخفي أي: كل دليل في مقابلة القياس الظاهر من نص كالسلم، أو إجماع كالاستمتاع، أو ضرورة كطهارة الحياض والآبار، فمنكره لم يدر المراد به، أي: عند القائلين به.
وقال الباجي: الاستحسان هو القول بأقوى الدليلين.
يقول القرافي: وعلى هذا يكون حجة إجماعاً وليس كذلك.
ذكر محمد بن خويز منداد: معنى الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك هو: القول بأقوى الدليلين، كتخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، وتخصيص الرعاف دون القيء بالبناء، للحديث فيه؛ وذلك لأنه لو لم ترد سنة بالبناء في الرعاف، لكان في حكم القيء في أنه لا يصح البناء؛ لأن القياس يقتضي تتابع الصلاة، فإذا وردت السنة في الرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليه، وأبقينا الباقي على الأصل. =

في بيان معنى اسم الكتاب.

وفي بيان أنواعه المحظورات والمباحات المجموعة فيه.

أما الأول: فالاستحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن، ويذكر ويراد به فعل المستحسن، وهو رؤية الشيء حَسَناً، يُقال: استحسنت كذا، أي: رأيته حسناً، فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما أورد[1] فيه من الأحكام بحسن ليس في غيرها؛ ولكونها على وجه يستحسنها العقل والشرع.

= قال: وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل، فإن سماه استحساناً، فلا مشاحة في التسمية.
وقال القرافي: قال به مالك في عدة مسائل في تضمين الصناع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم، وتضمين الحمالين للطعام والأدم دون غيرهم من الحمالين.
وقال الشاطبي: الاستحسان عندنا وعند الحنفية: هو العمل بأقوى الدليلين، فالعموم إذا استمر، والقياس إذا اطرد، فإن مالكاً وأبا حنيفة يريان: تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى.
ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معاً: تخصيص القياس، ونقض العلة.
الاستحسان: هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص.
ابن قدامة: الاستحسان له ثلاثة معان:
أحدها: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة.
ثانيها: ما يستحسنه المجتهد بعقله.
ثالثها: معنى ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه.
ابن بدران: كلام أحمد يقتضي أن الاستحسان: عدول عن موجب قياس لدليل أقوى.
واعلم: أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع، وأبو حنيفة بريء إلى الله من إثبات حكم بلا حجة.
ينظر: البحر المحيط للزركشي: (٦/ ٨٧)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي: (٤/ ١٣٦)، ونهاية السول للإسنوي: (٤/ ٣٩٨)، ومنهاج العقول للبدخشي: (٣/ ١٨٧)، وغاية الوصول للشيخ زكريا الأنصاري (١٣٩)، والتحصيل من المحصول للأرموي: (٢/ ٣١٨)، والمنخول للغزالي (٣٧٤)، وحاشية البناني: (٢/ ٣٥٣)، والإبهاج لابن السبكي: (٣/ ١٨٨)، والآيات البينات لابن قاسم العبادي: (٤/ ١٩٣)، وحاشية العطار على جمع الجوامع: (٢/ ٣٩٤)، والمعتمد لأبي الحسين: (٢/ ٢٩٥)، وإحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي (٦٨٧)، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم: (٦/ ١٩٢)، وكشف الأسرار للنسفي: (٢/ ٢٩٠)، وحاشية التفتازاني والشريف على مختصر المنتهى: (٢/ ٢٨٨)، وشرح التلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني: (٢/ ٨٣)، ونسمات الأسحار لابن عابدين (٢٢٤)، تقريب الوصول لابن جُزيّ (١٤٦)، وإرشاد الفحول للشوكاني (٢٤٠)، وينظر: منتهى السول والأمل (٢٠٧)، والوصول لابن برهان: (٢/ ٣٢٠)، وأحكام الفصول (٦٨)، والحدود (٦٥)، وشرح تنقيح الفصول (٤٥١).

(١) في ب: أودع.

وأما التسمية بالحظر والإباحة فتسمية طَابَقَتْ معناها وافقت مقتضاها؛ لاختصاصه ببيان جملة من المحظورات والمباحات، وكذا التسمية بالكراهة؛ لأنَّ الغالب فيه بيان المحرمات، وكل محرم مكروه في الشرع؛ لأن الكراهة ضد المحبة والرضا؛ قال الله (تبارك وتعالى): ﴿وَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَىٰ أَنْ تُحِبُّوا شَيْئاً وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ﴾ [البقرة:٢١٦] والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به إلا أن ما تثبت حرمته بدليل مقطوع به من نصِّ الكتاب العزيز أو غير ذلك، فعادة محمد أنه يسميه حراماً على الإطلاق، وما تثبت حرمته بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحادِ وأقاويل الصحابة الكرام (رضي الله عنهم) وغير ذلك يسميه مكروهاً، وربما يجمع بينهما فيقول: حرامٌ مكروه؛ اشعاراً منه أن حرمته ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع.

وأما بيان أنواع المحرمات والمحللات المجموعة فيه فنقول؛ وبالله (تعالى) التوفيق: المحرماتُ المجموعةُ في هذا الكتاب في الأَصل نوعان:

نوع ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعاً.

ونوع ثبتت حرمته في حق الرجال دون النساء.

أما الذي ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعاً، فبعضها مذكور في مواضعه من[1] الكتب، فلا نعيده ونذكر ما لا ذكر له في الكتب، ونبدأ بما بدأ به محمدٌ (رحمه الله) الكتاب، وهو حرمة النظر والمس؛ والكلام فيها في ثلاث مواضع:

أحدها: في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المرأة والمرأة من الرجل.

والثاني: في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل.

والثالث: في بيان ما يحل ويحرم للمرأة من المرأة.

أما الأول: فلا يمكن الوصول إلى معرفته إلاَّ بعد معرفة أنواع النساء، فنقول وبالله (تعالى) التوفيق، النساءُ في هذا الباب سبعة أنواع: نوعٌ مِنْهُنَّ المنكوحات، ونوع منهم المملوكات، ونوع منهن ذوات الرحم المحرمِ، وهو الرحم المحرم للنكاح؛ كالأمِّ والبنتِ والعمَّةِ والخالة، ونوعٌ منهن ذوات الرحم بلا محرمٍ، وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة، ونوع منهنَّ مملوكات الأغيار، ونوعٌ منهنَّ من لا رحم لهن أصلاً ولا محرم؛ وهن الاجنبيات الحرائر؛ ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرمٍ، وهو الرحم الذي لا يحرم النكاح؛ كبنتِ العمِّ والعمةِ والخالِ والخالة.

---

(١) في ط: في.

أما النوعُ الأول: وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر إلى زوجته ومسها من رأسها إلى قدمها؛ لأنه يحلُّ له وطؤها؛ لقوله (تعالى): ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٥،٦] وأنه فوق النظر والمس، فكان [إحلاله][1] إحلالاً لهما من طريق الأولى، إلاَّ أنه لا يحل له وطؤها في حالة الحيض؛ لقوله (تبارك وتعالى): ﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة:٢٢٢] فصارت حالة الحيض مخصوصة عن عموم النص الذي تلونا، وهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج.

اختلف فيه.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف (رضي الله عنهما) لا يحل الاستمتاع [إلا][2] بما فوق الإزار.

وقال محمدٌ (رحمه الله) يجتنب شعار الدم، وله ما سوى ذلك[3].

واختلف المشايخ في تفسير قولهما: بما فوق الإزار.

قال بعضُهم: المراد به ما فوق السرة[4]، فيحل الاستمتاع بما فوق سرتها ولا يباح بما تحتها إلى الركبة، وقال بعضُهم: المراد منه مع الإزار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها سوى الفرج، لكن مع المئزر لا مكشوفاً، ويمكن العمل بعموم قولهما: بما فوق الإزار، لأنه يتناول ما فوق السرة وما تحتها سوى الفرج مع المئزر؛ إذ كل ذلك فوق الإزار فيكون عملاً بعموم اللفظ، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

(٣) اتفق أهل العلم على تحريم غشيان الحائض، ومن فعله عالماً عصى، ومن استحله كفر، لأنه محرم بنص القرآن، ولا يرتفع التحريم حتى ينقطع الدم وتغتسل عند أكثر أهل العلم، وهو قول سالم بن عبد الله، وسليمان بن يسار، ومجاهد، والحسن، وإبراهيم، وإليه ذهب عامة العلماء، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللهُ﴾ أي: اغتسلن.

أما مخالطة الحائض ومضاجعتها ومباشرتها فوق الإزار، فغير حرام بالاتفاق، واختلفوا فيما تحت الإزار، فذهب أكثرهم إلى تحريمه خوفاً من أن يقع في الحرام، قال النبي ﷺ: «مَنْ رَتَعَ حولَ الحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيه».

يروى ذلك عن عمر، وابن عمر، عن عائشة، وهو قول سعيد بن المسيّب، وشريح، وعطاء، وطاوس، وقتادة، وسعيد بن جبير، وإليه ذهب مالك، والشافعي، وأبو حنيفة رضي الله عنهم.

ورخص فيه بعضهم دون الفرج، وهو قول عكرمة ومجاهد، وبه قال إسحاق، وأبو يوسف ومحمد، والأول أصح.

ينظر: شرح السنة (١/٤٠٩، ٤١١).

(٤) في ب: سرتها.

وجه قول محمد ظاهرُ قَوْلِهِ (تبارك وتعالى): ﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى﴾ [البقرة:٢٢٢] جعل الحيض أذى فتختص الحرمة بموضع الأذى، وقد روي أن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) سُئلت عَمَّا يحلُّ للرجل من امرأته الحائض، فقالت: يَتَّقِي شعارَ الدم، وله مَا سوى ذلك[١].

ووجه قولهما روي عَنْ رسول الله ﷺ أنه قال: «لَهَا[٢] مَا تَحْتَ السُّرَّةِ ولَهُ مَا فَوْقَهَا»[٣]. وروي أنَّ أزواجَ النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) كن إذا حضن أَمَرَهُنَّ أن يتزرن ثم يضاجعهن، ولأن الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سببُ الوقوع في الحرام.

قال رسول الله ﷺ: «أَلاَ إِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، وَإِنَّ حِمَىٰ اللَّهِ مَحَارِمُهُ، فَمَنْ حَامَ حَوْلَ الحِمَىٰ يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ»[٤] وفي روايةٍ: «مَنْ رَتَعَ حَوْلَ الحِمَىٰ يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ». والمستمتعُ بالفَخِذِ يحومُ حول الحمى، ويرتعُ حوله، فيوشك أن يقع فيه، دلَّ أن الاستمتاع به سببُ الوقوع في الحرام، وسببُ للحرام حرامٌ أصله الخلوة بالأجنبية.

وأما الآية الكريمة فحجةٌ عليه؛ لأن ما حول الفرج لا يخلو عن الأذى عادة، فكان الاستمتاع به استعمال الأذى، وقول سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) له ما سوى ذلك، أي: مع الإزار، فحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل؛ صيانةً لها عن التناقض.

وكذلك المرأة يحلُّ لها النظرُ إلى زَوْجِهَا [واللمسُ من فرقه][٥] إلى قدمه؛ لأنه حِلٌّ لها ما هو أكثر من ذلك، وهو التمكينُ من الوطء فهذا أولى، ويحل النظر إلى عين فرج المرأة المنكوحة؛ لأن الاستمتاع به حلالٌ، فالنظر إليه أولى، إلاَّ أن الأدبَ غَضُّ البصر عنه من الجانبين، لما روي عن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت: قُبض رسولُ الله ﷺ وما نظرتُ إلى ما منه، ولا نظر إلى ما مني»[٦].

ولا يحلُّ إتيان الزوجة[٧] في دبرها؛ لأن الله (تعالى عزَّ شأنه) نهى عن قربان الحائض، ونبه على المعنى، وهو كون المحيض أذى، والأذى في ذلك المحل أفحش وأذم[٨]، فكان أولى بالتحريم.

وروي عن سيدنا عليٍّ (رضي الله عنه) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنْ أَتَى حَائِضاً أَوِ امْرَأَةً

---

(١) تقدم في الطهارة.
(٢) في ط: لنا.
(٣) تقدم في النكاح.
(٤) تقدم.
(٥) في ب: والمس من قرنه.
(٦) تقدم تخريجه في كتاب النكاح.
(٧) في ب: المرأة.
(٨) في ب: وأدون.

فِي دُبُرِهَا، أَوْ أَتَىٰ كَاهِناً فَصَدَّقَهُ فِيمَا يَقُولُ، فَهُوَ كَافِر، بِمَا أُنْزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ ﷺ»[١] [وروي أنه عليه السلام][٢] نهى عن إتيان النساء في محاشهن، أي: أدبارهن وعلى ذلك جاءت الآثار من الصحابة الكرام (رضي الله تعالى عنهم) أنها سميت اللوطية[٣] الصغرى؛ ولأن حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصَّةً؛ لأن لقضاء الشهوات خاصة داراً أخرى، وإنما يثبت لحق قضاء الحاجات، وهي حاجة بقاء النسل إلى انقضاء الدنيا، إلاَّ أنه ركبت الشهوات في البشر للبعث على قضاء الحاجات، وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع في الأدبار، فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة، والدنيا لم تخلق له[٤].

---

(١) تقدم.

(٢) سقط من ط.

(٣) في ب: الوطيئة.

(٤) قال العلامة القرطبي في تفسيره عند قول الله سبحانه وتعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم...﴾ [البقرة: ٢٢٣].

هذه الأحاديث نصٌ في إباحة الحال والهيئات كلها إذا كان الوطء في موضع الحرث؛ أي كيف شئتم من خلف ومن قدام وباركة ومستلقية ومضطجعة؛ فأما الإتيان في غير المأتى فما كان مباحاً، ولا يباح! وذكر الحرث يدل على أن الإتيان في غير المأتى محرم. و«حرث» تشبيه؛ لأنهن مزدرع الذرية؛ فلفظ «الحرث» يعطي أن الإباحة لم تقع إلا في الفرج خاصة إذ هو المزدرع: وأنشد ثعلب:

إنـــمـــا الأرحـــام أر ضـــون لـــنـــا مـــحـــتـــرثـــات

فـــعـــلـــيـــنـــا الـــزرع فـــيـــهـــا وعـــلـــى الله الـــنـــبـــات

ففرج المرأة كالأرض، والنطفة كالبذر، والولد كالنبات، فالحرث بمعنى المحترث، ووحد الحرث لأنه مصدر؛ كما يقال: رجل صوم، وقوم صوم.

الثالثة: قوله تعالى: ﴿أَنَّى شِئْتُمْ﴾ معناه عند الجمهور من الصحابة والتابعين وأئمة الفتوى: من أي وجه شئتم مقبلة ومدبرة؛ كما ذكرنا آنفاً. و«أنَّى» تجيء سؤالاً وإخباراً عن أمر له جهات؛ فهو أعم في اللغة من «كيف» ومن «أين» ومن «متى»؛ هذا هو الاستعمال العربي في «أنَّى». وقد فسر الناس «أنى» في هذه الآية بهذه الألفاظ. وفسرها سيبويه بـ«كيف» ومن «أين» باجتماعهما. وذهبت فرقة ممن فسّرها بـ«أين» إلى أن الوطء في الدبر مباح؛ وممن نسب إليه هذا القول: سعيد بن المسيب ونافع وابن عمر ومحمد بن كعب القرظي وعبد الملك بن الماجشون، وحكي ذلك عن مالك في كتاب له يسمى «كتاب السر». وحذاق أصحاب مالك ومشايخهم ينكرون ذلك الكتاب؛ ومالك أجل من أن يكون له «كتاب سر». ووقع هذا القول في العتبية. وذكر ابن العربي أن ابن شعبان أسند جواز هذا القول. إلى زمرة كبيرة من الصحابة والتابعين، وإلى مالك من روايات كثيرة في كتاب «جماع النسوان وأحكام القرآن». وقال إلكيا الطبري: وروي عن محمد بن كعب القرظي أنه كان لا يرى بذلك بأساً؛ ويتأول فيه قول الله عز وجل: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ﴾ [الشعراء: ١٦٥]. وقال: فتقديره تتركون مثل ذلك من أزواجكم؛ ولو لم يبح مثل ذلك من الأزواج لما صح ذلك، وليس المباح من الموضع الآخر مثلاً له؛ حتى يقال: تفعلون ذلك وتتركون مثله من المباح. قال الكيا: وهذا فيه نظر، إذ معناه: =

....

= وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم مما فيه تسكين شهوتك؛ ولذة الوقاع حاصلة بهما جميعاً؛ فيجوز التوبيخ على هذا المعنى. وفي قوله تعالى: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ مع قوله: ﴿فَأْتُوا حَرْثَكُمْ﴾ ما يدل على أن في المَأتى اختصاصاً، وأنه مقصور على موضع الولد.

قلت: هذا هو الحق في المسألة. وقد ذكر أبو عمر بن عبد البر أن العلماء لم يختلفوا في الرتقاء التي لا يوصل إلى وطئها أنه عيب ترد به؛ إلا شيئاً جاء عن عمر بن عبد العزيز من وجه ليس بالقوي أنه لا ترد الرتقاء ولا غيرها؛ والفقهاء كلهم على خلاف ذلك، لأن المسيس هو المبتغى بالنكاح، وفي إجماعهم على هذا دليل على أن الدبر ليس بموضع وطء، ولو كان موضعاً للوطء ما ردت من لا يوصل إلى وطئها في الفرج. وفي إجماعهم أيضاً على أن العقيم التي لا تلد لا ترد. والصحيح في هذه المسألة ما بيناه. وما نسب إلى مالك وأصحابه من هذا باطل وهم مبرؤون من ذلك؛ لأن إباحة الإتيان مختصة بموضع الحرث؛ لقوله تعالى: ﴿فَأْتُوا حَرْثَكُمْ﴾؛ ولأن الحكمة في خلق الأزواج بث النسل؛ فغير موضع النسل لا يناله ملك النكاح، وهذا هو الحق وقد قال أصحاب أبي حنيفة: إنه عندنا ولائط الذكر سواء في الحكم؛ ولأن القذر والأذى في موضع النجو أكثر من دم الحيض، فكان أشنع. وأما صمام البول فغير صمام الرحم. وقال ابن العربي في قبسه: قال لنا الشيخ الإمام فخر الإسلام أبو بكر محمد بن أحمد بن الحسين فقيه الوقت وإمامه: الفرج أشبه شيء بخمسة وثلاثين؛ وأخرج يده عاقداً بها. وقال: مسلك البول ما تحت الثلاثين، ومسلك الذكر والفرج ما اشتملت عليه الخمسة؛ وقد حرم الله تعالى الفرج حال الحيض لأجل النجاسة العارضة. فأولى أن يحرم الدبر لأجل النجاسة اللازمة. وقال مالك لابن وهب وعلي بن زياد لما أخبراه أن ناساً بمصر يتحدثون عنه أنه يجيز ذلك؛ فنفر من ذلك؛ وبادر إلى تكذيب الناقل فقال: كذبوا عليّ، كذبوا عليّ، كذبوا عليّ! ثم قال: ألستم قوماً عرباً؟ ألم يقل الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ﴾؟ وهل يكون الحرث إلا في موضع المنبت! وما استدل به المخالف من أن قوله عز وجل: ﴿أَنَّى شِئْتُمْ﴾ شامل للمسالك بحكم عمومها فلا حجة فيه، إذ هي مخصصة بما ذكرناه، وبأحاديث صحيحة حسان وشهيرة رواها عن رسول الله ﷺ اثنا عشر صحابياً بمتون مختلفة؛ كلها متواردة على تحريم إتيان النساء في الأدبار؛ ذكرها أحمد بن حنبل في مسنده، وأبو داود والنسائي والترمذي وغيرهم. وقد جمعها أبو الفرج بن الجوزي بطرقها في جزء سماه «تحريم المحل المكروه». ولشيخنا أبي العباس أيضاً في ذلك جزء سماه «إظهار إدبار، من أجاز الوطء في الأدبار». قلت: وهذا هو الحق المتبع والصحيح في المسألة، ولا ينبغي لمؤمن بالله واليوم الآخر أن يعرج في هذه النازلة على زلة عالم بعد أن تصح عنه. وقد حذرنا من زلة العالم. وقد روي عن ابن عمر خلاف هذا، وتكفير من فعله؛ وهذا هو اللائق به رضي الله عنه. وكذلك كذب نافع من أخبر عنه بذلك، كما ذكر النسائي، وقد تقدم. وأنكر ذلك مالك واستعظمه، وكذب من نسب ذلك إليه. وروى الدارمي أبو محمد في مسنده عن سعيد بن يسار أبي الحباب قال: قلت لابن عمر: ما تقول في الجواري حين أحمض بهنّ؟ قال: وما التحميض؟ فذكرت له الدبر؛ فال: هل يفعل ذلك أحد من المسلمين. وأسند عن خزيمة بن ثابت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيها الناس إن الله لا يستحي من الحقّ لا تأتوا النساء في أعجازهن». ومثله عن علي بن طَلْق. وأسند عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من أتى امرأة في دبرها لم ينظر الله تعالى إليه يوم القيامة» وروى أبو دود الطيالسي في مسنده عن قتادة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن =

وأما النوع الثاني: وَهُنَّ المملوكات، فحكمهنَّ حُكْمُ المنكوحات، فيحل للمولى النظر إلى سائر بدن جاريته ومسها من رأسها إلى قدمها؛ لأنه حَلَّ له ما هو أكثر منه؛ لقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء:٣] الآية إلاَّ أن حالة الحيض صارت مخصوصة، فلا يقربها في حالة الحيض، ولا يأتي في دُبُرِهَا لما ذكرنا من الدلائل، وفي الاستمتاع بها فيما دون الفرج على الاختلاف.

وكذا إذا ملكها بسائر أسباب الملك، لا يحل له أَنْ يَقْرَبَهَا قبل أن يستبرئها.

والأَصل فيه ما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أنه قال في سَبَايَا أوطاس: «أَلاَ لاَ تُوطأُ الحَبَالَىٰ حَتَّى يَضَعْنَ، وَلاَ الحَبَالَىٰ حَتَّى يَسْتَبْرئن بِحَيْضَةٍ»[١] ولأن فيه خوف اختلاط المياه، وقد قال رسولُ الله ﷺ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنَ باللَّهِ واليَوْمِ الآخِرِ فَلاَ يُسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»[٢] وكذا فيه، وهم ظهور الحبل بها فيدعيه ويستحقها، فيتبين أنه يستمتع بملك الغير.

وأما الدواعي من القُبْلَةِ، والمعانقة، والنظر إلى الفرج عن شهوةٍ، فلا يحل عند عامة العلماء إلا في المسبية، وقال مكحول (رحمه الله): يحلُّ.

وجه قوله: أَنَّ الملك في الأَصل مطلق التصرف؛ ولهذا لم تحرم الدواعي في المسبية ولا على الصائم، فكان ينبغي أن لا يحرم القربان أيضاً إلاَّ أن الحُرْمَةُ عرفناها بالنصِّ، فتقتصر الحرمة على مورد النص، على أَنَّ النص إن كان معلولاً بخوف اختلاط المياه، فهذا معنى لا يحتمل التعدية إلى الدواعي، فلا يتعدى إليها.

وجه قول العامة أَن حرمة القربان إنما تثبت خوفاً عن توهم العلوق وظهور الحبل، وعند الدعوة والاستحقاق يظهر أن الاستمتاع صادف ملك الغير، وهذا المعنى موجودٌ في الدواعي من المستبرأة ونحوها، فيتعدى إليها ولا يتعدى في المسبية، فيقتصر الحكم فيها على مَوْرِدِ النصِّ؛ ولأن الاستمتاع بالدواعي وسيلةٌ إلى القربان، والوسيلةُ إلى الحرام حرامٌ أصله الخلوة؛ وهذا أولى لأن الخلوة في التوسل إلى الحرام دون المس، فكان تحريمها تحريماً للمس بطريق الأولى؛ كما في تحريم التأفيف من الضرب والشتم، وَمَنِ اعتمد على هذه النكتة منع فضل

= عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: «تلك اللوطية الصغرى» يعني إتيان المرأة في دبرها. ورُوي عن طاوس أنه قال: كان بدء عمل قوم لوطٍ إتيان النساء في أدبارهن. قال ابن المنذر: وإذا ثبت الشيء عن رسول الله ﷺ استغني به عما سواه.

ينظر: القرطبي (٣/ ٦٢ ـ ٦٤).

(١) تقدم.

(٢) تقدم تخريجه.

المسبية، وزعم أن لا نص فيها عن أصحابنا وهو غير سديدٍ؛ فإنَّ حِلَّ الدواعي من المسبية منصوصٌ عليه من محمدٍ (رحمه الله) فلا يستقيم المنع، فكان الصحيح هو العلة الأُولى وحرمة الدواعي في باب الظهار والإِحرام ثبت لمعنى آخر ذكرناه في «كتاب الحج» و«الظهار».

وأما النوع الثالث: وهو ذوات[1] الرحم المحرم، فيحل للرجل النظر من ذوات محارمه إلى: رَأْسِهَا، وَشَعْرِهَا، وأذنيها، وصدرها، وعضدها، وثديها، وساقها، وقدمها؛ لقوله (تبارك وتعالى): ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ﴾ الآية [النور: ٣١] نَهَاهُنَّ (سبحانه وتعالى) عن إِبداء الزينة مطلقاً، واستثنى (سبحانه) إِبداءها للمذكورين في الآية الكريمة، منهم ذو الرحم المحرم، والاستثناء من الحظر إباحةٌ في الظاهر.

والزينةُ نوعان: ظاهرةٌ، وهو الكحل في العين والخاتم في الأُصبع والفتخة[2] للرجل.

وباطنةٌ، وهو العصابة للرأس، والعقاص للشعر، والقرط للأذن، والحمائل للصدر، والدملوج للعضد، والخلخال للساق، والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها؛ لأن إِبداء نفس الزينة ليس بمنهي، وقد ذكر (سبحانه وتعالى) الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعاً، فيحل النظر إِليها بظاهر النص؛ ولأن المخالطة بين المحارم للزيارة وغيرها ثابتة عادة، فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الكشف إِلاَّ بحرج وأنه مدفوع شرعاً، وكُلُّ ما جاز النظر إِليه منهن من غير حائلٍ، جَازَ مَسُّهُ؛ لأن المحرم يحتاج إلى إِركابها وإِنزالها في المسافرة معها، وتتعذر صيانة هذه المواضع عن الانكشاف، فيتعذر على المحرم الصيانة عن مس المشكوف؛ ولأنَّ حرمة النظر إلى هذه المواضع ومسها من الأجنبيات إِنما ثبت خوفاً عن حصولِ[3] الشهوة الداعية إلى الجماع، والنظر إلى هذه الأعضاء ومسها في ذوات المحارم لا يورثُ الشهوةَ؛ لأنهما لا يكونان للشهوة عادة، بل للشفعة، ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل أمهاتهم وبناتهم.

وقد رُوِيَ أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ كان إذا قدم من الغزو قَبَّلَ رَأْسَ السيدة فاطمة (رضي الله عنها)، وَهَذَا إذا لَمْ يَكُنْ النظر والمس عن شهوة، ولا غلب على ظنه أنه لا يشتهي، فأما إذا كان يشتهي أو كان غالب ظنه وأكبر رأيه أنه لو نظر أو مس اشتهى، لم يجز له النظر والمس؛ لأنَه يكون سبباً للوقوع في الحرام يكون حراماً، ولا بأس أن يسافر بها إذا أمن الشهوة، لما روي عَنْ رسول الله ﷺ أنه قال: «لاَ يَحِلُّ لاِمْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُسَافِرَ ثَلاَثَاً فَمَا فَوْقَهَا إِلاَّ وَمَعَهَا زَوْجُهَا أَوْ ذُو رَحِمٍ محرمٍ مِنْهَا»[4] ولأَن الذي يحتاج المحرم إِليه في السفر

---

(١) في ط: ذات.

(٢) وهي خاتم أصبع الرجل كما سيأتي تفسير المصنف لها.

(٣) في ب: إثبات.

(٤) تقدم في الحج.

معها في الحمل والإنزال، ويحل له مسها، فتحل المسافرة معها؛ وكذا لا بأس بأَنْ يخلو بها إذا أمن على نفسه؛ لأنه لما حل المس، فالخلوة أَوْلَى، فإن خاف على نفسه لم يفعل؛ لما روي عَنْ رسولِ الله ﷺ أنه قال: «لاَ يَخْلُوَنَّ الرَّجُلُ بِمُغِيبَةٍ وَإِنْ قَبِلَ حَمُوهَا، أَلاَ حَمُوهَا المَوْتُ»(١) وهو محمولٌ على حالةِ الخوف أو يكون نهي ندبٌ وتنزيهٍ، والله أعلم.

ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسها؛ لعموم قوله (تبارك وتعالى): ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ....﴾ الآية [النور:٣٠]، إلاَّ أنه (سبحانه وتعالى) رَخَّصَ النظر للمحارم إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة؛ بقوله (عزَّ شأنه): ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ.....﴾ الآية [النور:٣١] فبقي غض البصر عما وراءها مأموراً به وإذا لم يحل النظر فالمس أولى؛ لأنه [أقوى، ولأن](٢) رخصة النظر إلى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها، ولا حاجة إلى النظر إلى ما وراءها، فكان النظر إليها بحق الشهوة، وإنه حرامٌ؛ ولأن الله (تبارك وتعالى) جعل الظهار منكراً مِنَ القولِ وزوراً، والظهار ليس إلاَّ تشبيه المنكوحة بظهر الأُمِّ في حَقِّ الحرمة ولو لم يكن ظهر الأُم حرامُ النظرِ والمسِّ، لم يكن الظهار منكراً مِنَ القولِ وزوراً فيؤدي إلى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف.

هذا إذا كانت هذه الأَعضاء مكشوفة، فأَمَّا إذا كَانَتْ مستورة بالثياب واحتاج ذو الرحم المحرم إلى إركابها وإنزالها، فلا بأس بأن يأخذَ بَطْنَها أو ظهرها أو فَخْذَهَا من وراءِ الثوبِ إذا كان يأمن على نفسه؛ لما ذكرنا أَنَّ مَسَّ ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادةً؛ خصوصاً من وراء الثوب؛ حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسه، وليجتنب ما استطاع، وكل ما يحل للرجل مِن ذوات الرحم المحرم منه من النظر والمس يحل للمرأة ذلك من ذي رحمٍ محرمٍ منها، وكُلُّ ما يحرم عليه يحرم عليها، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

وأما النوع الرابعُ: وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهنَّ حكم ذوات الرحم المحرم، وقد ذكرناه، والأصلُ فيه قولُ النبيِّ (عليه الصلاة والسلام): «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»(٣).

وروي أن أفلح بن أبي قيس(٤) (رحمه الله) استأذن أَنْ يدخلَ على سيدتنا عائشة (رضي الله تعالى عنها) فسألت رسولَ الله ﷺ عن ذلك، فقال (عليه السلام): «لِيَلِجْ عَلَيْكِ

---

(١) تقدم في النكاح. (٢) سقط من ط.

(٣) تقدم في النكاح.

(٤) عم عائشة من الرضاعة. قال ابن منده: عداده في بني سليم وقال أبو عمر: يقال: إنه من الأشعريين. ينظر الإصابة (١/ ٢٥٠)، أسد الغابة (٢٠٤)، الثقات (٣/ ١٥)، جامع الرواة (١/ ١٠٧).

[أفلح][١] فَإِنَّهُ عَمُّكِ، أَرْضَعَتكِ امْرَأَةُ أَخِيهِ»[٢].

وأما النوع الخامس: وهو مملوكات الأغيار، فَحُكْمُهُنَّ أيضاً في حل النظر والمس وحرمتهما حُكْمُ ذوات الرحم المحرم، فيحل النظر إلى مواضع الزينة منهن ومسها، ولا يحل ما سوى ذلك.

والأصل فيه ما روي أَنَّ رسولَ الله ﷺ مس ناصية أَمَةٍ، وَدَعَا لها بالبركة.

وروي أنَّ سيدنا عمر (رضي الله تعالى عنه) رأى أمةً متقنعةً، فعلاها بالدرة، وقال: أَلْقِي عنك الخمارَ يا دفار، أَتَتَشَبَّهِينَ بالحرائرِ، فدلَّ على حل النظر إلى رأسها وشعرها وأذنها.

ورُوِيَ عن سيدنا عمر (رضي الله تعالى عنه) أنه مَرَّ بجاريةٍ[٣] تعرض على البيع فضرب بيده على صدرِها، وقال: اشتروا، ولو كان حراماً لم يتوهم منه (رضي الله عنه) أَنْ يَمَسَّها؛ ولأن بالناس حاجة إلى النظر إلى هذه المواضع ومسها عند البيع والشراء، لمعرفة بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك؛ لاختلاف قيمتها باختلاف أطرافها، فألحقت بذواتِ الحرم المحرمِ؛ دفعاً للحرج عن الناسِ؛ ولهذا يحل بهنّ المسافرة بلا محرم ولا حاجة إلى المس والنظر إلى غيرها؛ لأنها تصير معلومة بالنظر إلى الأطراف ومسها، وهذا إذا أمن على نفسه الشهوة.

فإنْ لَمْ يَأْمَنْ وخاف على نفسه أنْ يشتهي لو نظر أو مس، فلا بأس أن ينظر إليها، وإن اشتهى إذا أراد أن يشتريها [لأنه يحتاج أن يشتريها][٤] فلا بد له من النظر، لما قلنا، فيحتاج إلى النظر فصار النظر من المشتري بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتزوج، فلا بأس بذلك، وإن كان عن شهوة؛ فكذا هذا؛ وكذا لا بأس له أن يمس، وإن اشتهى إذا أراد أن يشتريها عند أبي حنيفة (رضي الله عنه).

وروي عن محمدٍ (رحمه الله) أنه يكره للشابِّ مَسَّ شيء من الأمة.

والصحيحُ قول أبي حنيفة (رضي الله عنه)؛ لأن المشتري يحتاج إلى العلم ببشرتها، ولا يحصل ذلك إلاَّ باللمس فرخص للضرورة.

وكذا يحل للأمة النظر [إلى الرجل][٥] والمس من الرجل الأجنبي ما فوق السرة ودون الركبة إلاَّ أن تخاف الشهوة فتجتنب كالرجل، وكلُّ جوابٍ عرفته في القنة[٦]، فهو الجواب المُدَبَّرَةِ وأم الولد لقيام الرق فيهما.

---

(١) سقط من ط.

(٢) تقدم في الرضاع.

(٣) في ب: رأى جارية.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من ط.

(٦) في ب: الأمة.

وأما النوع السادس: وهن[١] الأَجنبيات الحرائر، فلا يحل النظر للأجنبي من الأجنبية الحرة إلى سائر بدنها إلاَّ الوجه والكفين، لقوله (تعالى): ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور:٣٠] إلاَّ أن النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة وهي الوجه والكفان رخص بقوله (تعالى): ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور:٣١] والمراد من الزينة مواضعها؛ ومواضع الزينة الظاهرة الوجه والكفان، فالكحلُ زينةُ الوجهِ، والخاتم زينة الكف؛ ولأنها تحتاج إلى البيع والشراء والأخذ والعطاء ولا يمكنها ذلك عادةً إلاَّ بكشفِ الوجه والكفين، فيحل لها الكشف، وهذا قول أبي حنيفة (رضي الله عنه).

وروى الحسن عَنْ أبي حنيفة (رحمهما الله) أنه يحل النظر إلى القدمين أيضاً.

وجه هذه الرواية ما روي عن سيدتنا عائشة (رضي الله تعالى عنها) [أنها قالت][٢] في قوله(تبارك وتعالى): ﴿إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور:٣١] [أنه][٣] القلبُ والفتخةُ[٤] وهي خاتمُ أصبع الرجْلِ، فَدَلَّ على جواز النظر إلى القدمين؛ ولأن الله (تعالى) نهى عن إبداء الزينة واستثنى ما ظهر منها والقدمان ظاهرتان؛ أَلاَ ترى أَنَّهما يظهران عند المشي، فكانا من جملة المستثنى من الحظر فيباح إبداؤهما.

وجه ظاهر الرواية ما رُوِيَ عن عبد الله بن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال في قوله (جلَّ شأنه): ﴿إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور:٣١] أنه الكحل والخاتم، وروي عنه في رواية أخرى أنه قال: الكفُّ والوجه[٥]، فيبقى ما وراء المستثنى على ظاهر النهي؛ ولأن إباحة النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها للحاجة إلى كشفها في الأخذ والعطاء، ولا حاجة إلى كشف القدمين، فلا يباح النظر إليهما، ثم إنما يحل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة، فَأَمَّا عن شهوة فلا يحل؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «تَزْنِيَانِ وَلَيْسَ زِنَا العَيْنَيْنِ إِلاَّ النَّظَرُ عَنْ شَهْوَةٍ»[٦] ولأن النظر عن شهوة سبب الوقوع في الحرام، فيكون حراماً إلاَّ في حالة الضرورة بأن دعي إلى شهادة، أو كان حاكماً، فأراد أن ينظر إليها ليجيز إقرارها عليها، فلا بأس أن ينظر إلى وجهها، وإن كان لو نظر إليها لاشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك؛ لأن الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة.

---

(١) في ط: وهو. (٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.
(٤) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٧٥) وعزاه إلى ابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن المنذر.
(٥) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٧٥) وعزاه إلى سعيد بن منصور وعبد بن حميد.
(٦) تقدم تخريجه.

ألا ترى أنه خص النظر إلى عينِ الفرجِ لمن قصد إقامة حسبة الشهادة على الزنا، ومعلوم أن النظر إلى الفرج في الحرمة فوقَ النظر إلى الوجه، ومع ذلك سقطت حرمته لمكان الضرورة، فهذا أولى؛ وكذا إذا أَرَادَ أَنْ يتزوج امرأة، فلا بأس أن ينظر إلى وجهها، وإن كان عن شهوة؛ لأن النكاح بعد تقديم النظر أدل على الألفة والموافقة الداعية إلى تحصيلِ المقاصد، على ما قال النبي (عليه الصلاة والسلام) للمغيرة بن شعبة (رضي الله عنه) حين أَرَادَ أَنْ يتزوج امرأة: «اذْهَبْ فَانْظُرْ إِلَيْهَا؛ فَإِنَّهُ أَحْرَىٰ أَنْ يَدُومَ بَيْنَكُمَا»[1] دعاه (عليه الصلاة والسلام) إلى النظر مطلقاً، وعلل (عليه الصلاة والسلام) بكونه وسيلةً إلى الأُلفة والموافقة.

وَأَمَّا المرأةُ فلا يحلُّ لها النظر من الرجل الأجنبي ما بين السرة إلى الركبة، ولا بأس أن تنظر إلى ما سوى ذلك إذا كانت تأمن على نفسها.

والأفضلُ للشابِّ غض البصر عن وجه الأجنبية، وكذا الشابة؛ لما فيه من خوفِ حدوثِ الشهوةِ والوقوع في الفتنة، يؤيده المروي عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنهما) أنه قال في قوله (تبارك وتعالى): ﴿إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] أنه الرداء والثياب[2]، فَكَان غض البصر وترك النظر أَزْكَى وأَطْهَر، وذلك قوله (عزَّ وجلَّ): ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ﴾ [النور: ٣٠].

وروي أَنَّ أعميين دَخَلاَ على رسول الله ﷺ وعنده بعضُ أزواجه؛ سيدتنا عائشة (رضي الله تعالى عنها) وأخرى، فقال لهما: «قُوما»، فقالتا: إِنَّهُمَا أعميان يا رسول الله، فقال

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥) والدارمي (٢/ ١٣٤) كتاب النكاح، باب الرخصة في النظر للمرأة عند الخطبة والترمذي (٣/ ٣٩٧) كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث (١٠٨٧) والنسائي (٦/ ٦٩) كتاب النكاح باب إباحة النظر قبل التزويج، وابن ماجه (١/ ٦٠٠) كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها حديث (١٨٦٦) وعبد الرزاق (١٣٣٥) وسعيد بن منصور رقم (٥٥١ ـ ٥١٨) وابن الجارود ص (٢٢٦) كتاب النكاح حديث (٦٧٥) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ١٤) كتاب النكاح، باب الرجل يريد تزوج المرأة هل يحل له النظر إليها أم لا؟ والدارقطني (٣/ ٢٥٢) كتاب النكاح، باب المهر، حديث (٣١) والبيهقي (٧/ ٨٤) كتاب النكاح باب نظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها. والخطيب في التاريخ (٧/ ٣٤٤) والبغوي في شرح السنة (٥/ ـ بتحقيقنا) من طريق عاصم الأحول عن بكر بن عبد الله المزني عن المغيرة قال: «خطبت امرأة فذكرتها لرسول الله ﷺ فقال لي: هل نظرت إليها؟ فقلت: لا. قال: فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما».

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٣٩٧) عن ابن مسعود قال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٧٤) وعزاه إلى عبد الرزاق والفريابي وسعيد بن منصور وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم والطبراني والحاكم وابن مردويه.

لهما: أَعَمْيَاوَانِ[١] أَنْتُمَا»؟ إلا إذا لم يكونا من أهل الشهوة؛ بأن كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما.

والعبد فيما ينظر إلى مولاته كالحرِّ الذي لا قرابة بينه وبينها سواء؛ وكذا الفحل، والخصيُّ، والعنين، والمخنث إذا بَلَغَ مبلغ الرجال ـ سواءٌ؛ لعموم قوله (تبارك وتعالى): ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] وإطلاق قوله (عزَّ شأنه): ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] ولأن الرِّقَّ والخصاء لا يعدمان الشهوة وكذا العنةُ والخنوثة.

أما الرق فظاهر، وأما الخصاء فإن الخصيَّ رَجلٌ، إلا أنه مُثِّلَ به، إلى هذا أشارت سيدتُنا عائشة (رضي الله عنها) فقال: أنه رجلٌ مُثِّلَ به، أفتحلُّ له المثلةُ ما حَرَّمَ اللَّهُ (تبارك وتعالى) عَلَى غيره؟

وأما العنة والخنوثة فالعنين والمخنث رجلان، فإن قيل: أليس إن المملوك بملك اليمين للمرأة مستثنى من قوله (جلَّ وعلا): ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ. . . . . .﴾ [النور: ٣١] إلى قوله (عزَّ شأنه): ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] من غير فصل بين العبد والأمة والاستثناء من الحظر إباحةٌ.

فالجوابُ: أن قولَهُ (سبحانه وتعالى): ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ ينصرف إلى الإماء؛ لأن حكم العبيد صار معلوماً بقوله (سبحانه وتعالى): ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] إذ العبد من جملة التابعين من الرجال، فكان قوله (عزَّ شأنه): ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾[النور: ٣١] مصروفاً إلى الإماء؛ لئلا يؤدي إلى التكرار.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٦٢) كتاب اللباس: باب قول الله تعالى: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ حديث (٤١١٢) والترمذي (٥/ ٩٤) كتاب الأدب: باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال حديث (٢٧٧٨) وأحمد (٦/ ٢٩٦) والنسائي في «الكبرى» (٥/ ٣٩٣) كتاب عشرة النساء: باب نظر النساء إلى الأعمى حديث (٩٢٤١، ٩٢٤٢) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ١١٦) وأبو يعلى (١٢/ ٣٥٣) رقم (٦٩٢٢) وابن حبان (١٩٦٨ ـ موارد) والفسوى في «المعرفة والتاريخ» (١/ ٤١٦) والبيهقي (٧/ ٩١ ـ ٩٢) وابن سعد في «الطبقات» (٨/ ١٢٦) كلهم من طريق الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وصححه ابن حبان.

قال الحافظ في «الفتح» (٩/ ٣٣٧): وهو حديث أخرجه أصحاب السنن من رواية الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عنها وإسناده قوي وأكثر ما علل به انفراد الزهري بالرواية عن نبهان وليست بعلة قادحة فإن من يعرفه الزهري ويصفه بأنه مكاتب أم سلمة ولم يجرحه أحد لا ترد روايته. اهـ.

فإن قيل: حُكْمُ الإِماء صار معلوماً بقوله (تبارك وتعالى): ﴿أَوِ التَّابِعِينَ﴾ فالصرف إِليهنَّ يؤدِّي إِلى التكرار أيضاً.

فالجوابُ: أن المراد بالنساء الحرائر، فوقعت الحاجة إلى تعريف حكم الإِماء، فأبان بقوله (جلَّ شأنه): ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ أَنَّ حُكْمَ الحرَّةِ والأمة فيه سواءٌ.

وروي عن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت: كَانَ يدخلُ على نساء رسول الله ﷺ مخنثٌ، فكانوا يعدونه مِنْ غيرِ أولِي الإِرْبَةِ، فَدَخَلَ رسولُ الله ﷺ ذات يوم وهو ينعتُ امرأةً، فقال: «لاَ أَرَىٰ هَذَا يَعْلَمُ مَا هَهُنَا، لاَ يَدْخُلُ عَلَيْكُنَّ، فَحَجَبُوهُ»[1].

وكذا رُوِيَ أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ على أم سلمة (رضي الله عنها) وعندها مخنثٌ، فأقبل على أخي أم سلمة فقال: يا عَبْدَ اللَّهِ إِنْ فَتَحَ الله عليكم غداً الطائف دَلَلْتُكَ على بنتِ غيلان، فإنَّها تُقبل بأربعٍ وتُدْبر بثمانٍ، فقال (عليه الصلاة والسلام): «لاَ أَرَىٰ يَعْرِفُ هٰذا هَهُنَا، لاَ يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُمْ هٰذَا»[2] إِذا بلغ الأجنبي مبلغ الرجال، فإن كان صغيراً لم يَظْهَرْ على عورات النساء، ولا يعرف العورة من غير العورة، فلا بأس لهنَّ مِنْ ابداءِ الزينة لهم؛ لقوله (جلَّ وعلا): ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور:٣١] مستثنى من قوله (عزَّ شأنه): ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ إلا لمن ذكر، والطفل في اللغة الصبيُّ ما بين أنْ يولد إِلى أن يحتلمَ.

وأما الذي يعرف التمييز بين العورة وغيرها وقَرُب من الحلم، فلا ينبغي لها أن تبدي زينتها له؛ أَلاَ تَرَىٰ أن مثل هذا الصبي أُمِر بالاستئذان في بعض الأوقات بقولِهِ (تبارك وتعالى): ﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ.....﴾ [النور:٥٨] إلا إذا لم يكونا من أهل الشهوة؛ بأن كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما، وروي أَنَّ أعميين دخلا على سيدنا رسول الله ﷺ وعنده بعض أزواجِهِ؛ سيدتنا عائشة وأخرى، فقال لهما: «قُوما» فقالتا: أنهما أعميان يا رسولَ الله، فقال: «أَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا»، هذا حكم النظر إلى الوجه والكفين.

وأما حُكْمُ من هذين العضوين فلا يحل مسهما؛ لأَنَّ حِلَّ النظرين للضرورة التي ذكرناها، ولا ضرورة إلى المس مع ما أن المسِ في بعث الشهوة وتحريكها فوق النظر، وإباحةُ أَدْنَى الفعلين لا يَدُلُّ على إباحة أعلاهما؛ هذا إِذا كان شابين، فإن كان شيخين كبيرين فلا بأس بالمصافحة، لخروج المصافحة منهما من أن تكون مورثة للشهوة لانعدام الشهوة.

---

(١) سيأتي تخريجه في موضعه.

(٢) سيأتي تخريجه.

وقد روي أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ كان يُصَافِحُ العجائز.

ثم إِنما يحرم النظر من الأجنبية إلى سائر أعضائها سوى الوجه والكفين أو القدمين أيضاً على اختلافِ الروايتين إِذا كانت مكشوفة، فَأَمَّا إِذا كانت مستورة بالثوب، فإن كان ثوبها صفيقاً لا يلتزق ببدنها فلا بأس أنْ يتأملها ويتأمل جسدها؛ لأن المنظور إليه الثوب [دون البدن][1]، وإن كان ثوبها رقيقاً يَصِفُ ما تحته ويشف، أو كان صفيقاً لكنه يلتزق ببدنها حتى يستبين له جسدها، فلا يحل له النظر؛ لأنه إذا استبان جسدها كانت كاسيةً صورةً عاريةً حقيقةً، وقد قال النبيُّ ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ الكَاسِيَاتِ العَارِيَاتِ»[2].

وَرُوِيَ عن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت: دَخَلَت عَلَيَّ أختي السيدة أسماء وعليها ثيابٌ شامية رقاق، وهي اليوم عندكم صفاقٌ، فقال رسول الله ﷺ: «هٰذِهِ ثِيَابٌ تَمُجُهَا «سُورَةُ النُّورِ» فَأُمِرَ بها فأُخرجت، فقلت: يا رسولَ الله زارتني أختي فقلت لها ما قلت، فقال: «يا عَائِشَةُ، إِنَّ المَرْأَةَ إِذَا حَاضَتْ لاَ يَنْبَغِي أَنْ يَرَى مِنْهَا إِلاَّ وَجْهُهَا وَكَفَّاهَا»[3] فإن ثبت هذا من النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) كان تفسيراً لقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] فَدَلَّ عَلَىٰ صحة ظاهر الرواية أن الحرة لا يحل النظر منها إِلاَّ إِلى وجهها وكفيها، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وأما النوع السابع: وهو ذواتُ الرحم بلا محرم، فَحُكْمُهُنَّ حكم الأجنبيات الحرائر؛ لعموم الأمر بغض البصر والنهي عن إبداءَ زينتهن إلا للمذكورين في محلِّ الاستثناء، وذو الرحم بلا محرم غير مذكور في المستثنى، فبقيت منهية عنه إبداء الزينة له، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

---

(١) سقط من ط.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٦٠) كتاب اللباس: باب فيما تبدي المرأة من زينتها حديث (٤١٠٤) من طريق الوليد بن مسلم عن سعيد بن بشير عن قتادة عن خالد بن دريك عن عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها رسول الله ﷺ وقال: يا أسماء إذا بلغت المرأة المحيض لم تصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه.

وقال أبو داود: خالد بن دريك لم يدرك عائشة رضي الله عنها قال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ١٧٠): خالد بن دريك البناني روى عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما ولم يدركهما قاله شيخنا المزي وحكي عن أبي داود أنه قال: لم يدرك عائشة. اهـ.

وقال الزيلعي في «نصب الراية» (١/ ٢٩٩) قال ابن القطان: ومع هذا فخالد مجهول الحال، قال المنذري وفيه أيضاً سعيد بن بشير أبو عبد الرحمن البصري نزيل دمشق مولى بني نضر تكلم فيه غير واحد، وقال ابن عدي في «الكامل» هذا حديث لا أعلم رواه عن قتادة غير سعيد بن بشير وقال فيه مرة عن خالد بن دريك عن أم سلمة بدل عائشة.

وأما الثاني: وهو ما يحلُّ من ذلك ويحرم للرجلِ من الرجل، فنقول وبالله التوفيق: يحلُّ للرجلِ أن يَنْظُرَ من الرجل الأجنبي إلى سائر جسده إِلاً ما بين السرة والركبة إِلاً عند الضرورة، فلا بأس أَنْ يَنْظُرَ الرجلُ من الرجلِ إِلى موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختن.

وكذا إذا كان بموضع[1] العورة مِن الرجلِ قرحٌ أو جرحٌ، أو وقعت الحاجة إلى مداوة الرجل، ولا ينظر إلى الركبة، ولا بأس بالنظر إلى السرة، فالركبةُ عورةٌ، والسرةُ ليستْ بعورةٍ عندنا، وعند الشافعي على العكس من ذلك.

والصحيحُ قولنا لما رُوِيَ عَنْ رسولِ الله ﷺ أنه قال: «مَا تَحْتَ السُّرَّةِ عَوْرَةٌ»، والركبة ما تحتها، فكانت عورة إِلاً ما تحت الركبة صار مخصوصاً، فبقيت الركبة تحت العموم[2]، ولأَن الركبةَ عضوٌ مركب من عظم الساق والفخذ على وجه يتعذر تمييزه، والفخذ من العورة، والساق ليس من العورة، فعند الاشتباه يجبُ العمل بالاحتياط؛ وذلك فيما قلنا؛ بخلاف السرة؛ لأَنه[3] اسم لموضعٍ معلومٍ لا اشتباه فيه.

وقد رُوِيَ عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أنه كان إِذا اتزر أَبْدَى سُرَّتَهُ، ولو كانت عورة لما احتمل منه كشفها، هذا حكم النظر.

وأما حكم المس فلا خلاف في أنَّ المصافحة حلالٌ؛ لقوله (عليه السلام): «تَصَافَحُوا تَحَابُوا»[4] وَرُوِيَ عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إِذَا لَقِي المُؤْمِنُ أَخَاهُ فَصَافَحَهُ تَنَاثَرَتْ

---

(١) في ط: بوضع.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في ب: فإنه.
(٤) الحديث بلفظ: تصافحوا تحابوا لم أجده بهذا اللفظ وإنما المحفوظ: تهادوا تحابوا.
أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) والدولابي في «الكنى» (١/ ١٤٣) وأبو الشيخ في الأمثال (١٢٥) والقضاعي في «مسند الشهاب» (٦٥٣) كلهم من طريق المثنى أبي حاتم العطار عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن أبي بكر عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أبناءكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم».
وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٩) وقال: وفيه المثنى أبو حاتم ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات وفي بعضهم كلام.
ومن هذا الوجه ذكره السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص ـ ١٦٥) وعزاه للطبراني في الأوسط والحربي في الهدايا والعسكري في الأمثال. اهـ.
وللحديث شواهد من حديث أبي هريرة وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن عمر وعطاء مرسلاً.
حديث أبي هريرة:
أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) والدولابي في «الكنى» (١/ ١٥٠، ٢/ ٧) وأبو يعلى (١١/ ٩) =

دُنُوبُهُ»[١]؛ ولأَن الناس يتصافحون في سائر الأعصار في العهود والمواثيق، فكانت سنة متوارثة.

واخْتُلِفَ فِي القُبْلَةِ والمعانَقَةِ، قال أبو حنيفة (رضي الله عنه) ومحمدٌ (رحمه الله): يُكْرَهُ للرجل أَنْ يُقَبلَ فَمَ الرجلِ أو يَدَهُ أو شيئاً منه أو يُعَانِقَهُ، وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنه لا بأس به.

ووجهه ما رُوِي أنه لما قدم جعفر بن أبي طالب (رضي الله عنه) مِنَ الحبشةِ عَانَقَهُ سيدنا رسولِ الله ﷺ وَقَبَّل بين عينيه[٢]، وأدنى درجات فعل النبيِّ الحلُّ؛ وكذا روي أَنَّ أصحاب رسول الله ﷺ كانوا إذا رجعوا من أسفارِهم كان يُقَبِّلُ بعضهم بعضاً ويعانقُ بعضُهم بعضاً[٣].

واحتجَّا بما روي أنه سُئل رسول الله ﷺ فقيل: أَيُقَبِّلُ بعضُنا بعضاً، فقال: «لا»، فقيل:

= رقم (٦١٤٨) والبيهقي (٦/١٦٩) كتاب الهبات: باب التحريض على الهبة والهدية والقضاعي في «مسند الشهاب» (٦٥٧) كلهم من طريق ضمام عن موسى بن وردان عن أبي هريرة مرفوعاً.
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٦٩ ـ ٧٠): رواه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي وأورده ابن طاهر في «مسند الشهاب» من طريق محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبي هريرة وإسناده حسن.
حديث عبد الله بن عمرو:
أخرجه الحاكم في «علوم الحديث» (ص ٨٠) من طريق ضمام بن إسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا».
حديث عبد الله بن عمر:
أخرجه أبو القاسم الأصبهاني في «الترغيب والترهيب» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) من طريق إسماعيل بن إسحاق الراشدي ثنا محمد بن داود بن عبد الجبار عن أبيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا».
مرسل عطاء:
أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٩٠٨) كتاب حسن الخلق باب ما جاء في المهاجرة حديث (١٦) عن عطاء قال: قال رسول الله ﷺ: «تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء».

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٨/ ٣٩).
وقال المنذري في «الترغيب» (٣/ ٤٢٣): رواه الطبراني في الأوسط ورواته لا أعلم فيهم مجروحاً. اهـ.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط ويعقوب بن محمد بن الطحلاء روى عنه غير واحد ولم يضعفه أحد وبقية رجاله ثقات.

(٢) أخرجه البغوي وابن السكن كما في «الإصابة» (١/ ٥٩٣) من طريق محمد بن عبد الله بن عبيد بن عمير عن يحيى بن سعيد عن القاسم عن عائشة به.

(٣) تقدم تخريجه.

أَيُعَانِقُ بعضُنا بعضاً، فقال (عليه الصلاة والسلام): «لا»، فقيل: أَيُصَافِحُ بعضُنا بعضاً، فقال (عليه الصلاة والسلام): «نَعَمْ»[١].

وذكر الشيخ أبو منصور (رحمه الله) أن المعانقة إنما تُكْرَهُ إذا كانت شبيهة بما وضعت للشهوة في حالة التجرد؛ فأما إذا قصد بها المبرَّة والإكرام، فلا تكره؛ وكذا التقبيل الموضوع لقضاء الوطر والشهوة هو المحرم، فإذا زال عن تلك الحالة أبيح، وعلى هذا الوجه الذي ذكره الشيخ يحمل الحديث الذي احتج به أبو يوسف (رحمه الله)، والله أعلم بالصواب.

وأما الثالث: وهو بيان ما يحل من ذلك وما يحرم للمرأة من المرأة، فَكُلُّ ما يحل للرجلِ أن ينظر إليه من الرجلِ يحلُّ للمرأة أن تنظر إليه من المرأة، وكلُّ ما لا يحل له لا يحل لها، فتنظر المرأة من المرأة إلى سائر جسدها إلا ما بين السرة والركبة، لأنه ليس في نظر المرأة إلى المرأة خوف الشهوة والوقوع في الفتنة؛ كما ليس ذلك في نظر الرجل إلى الرجل، حتى لو خافت ذلك تجتنب عن النظر كما في الرجل، ولا يجوز لها أن تنظر ما بين سرتها إلى الركبة إلاَّ عند الضرورة، بأن كانت قابلة فلا بأس لها أن تنظر إلى الفرج عند الولادة، وكذا لا بأس أن تنظر إليه لمعرفة البكارة في امرأةِ العنين، والجارية المشتراة على شرط البكارة، إذا اختصما.

وكذا إذا كان بها جرحٌ أو قرحٌ في موضع لا يحلُّ للرجال النظر إليه، فلا بأس أن تداويها إذا علمت المداواة، فإن لم تَعَلْمَم [تُعَلَّم ثم تداويها][٢] فإن لم توجد امرأة تعلم المداواة ولا امرأة تتعلم وخيف عليها الهلاك أو بلاء أو وجع لا تحتمله ـ يداويها الرجل، لكن لا يكشف منها إلا موضع الجرح [والقرح][٣] ويغض بصره ما استطاع؛ لأن الحرمات الشرعية جاز أن يسقط اعتبارها شرعاً لمكان الضرورة؛ كحرمة الميتة وشرب الخمر حالةَ المخمصةِ والإكراه، لكن الثابتَ بالضرورة لا يَعْدُ موضع الضرورة؛ لأن علة ثبوتها الضرورة، والحكم لا يزيد على قدر العلة، هذا الذي ذكرنا حكم النظر والمس.

وأما حكم الدخول في بيت الغير، فالداخلُ لا يخلو: إما أن يكون أجنبيًا أو من محارمه، فإن كان أجنبيًا فلا يحل له الدخول فيه من غير استئذان؛ لقوله (تبارك وتعالى):

---

(١) أخرجه الترمذي (٥/ ٧٥) كتاب الاستئذان: باب ما جاء في المصافحة (٢٧٢٨) وابن ماجه (٢/ ١٢٢٠) كتاب الأدب: باب المصافحة حديث (٣٧٠٢) وأحمد (٣/ ١٩٨) من حديث أنس.
وقال الترمذي: حديث حسن.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ط.

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَدْخُلوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾ [النور:٢٧] قيل: تستأنسوا، أي: تستأذنوا، وقيل: تستعلموا، وهما متقاربان لأن الاستئذان طلب الإذن، والاستعلام طلب العلم، والإذن إعلام، وسواء كان السكن في البيت أو لم يكن، لقوله (تعالى): ﴿فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَداً فَلاَ تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [النور:٢٨] وهذا يَدُلُّ على أن الاستئذان ليس للسكان أنفسهم خاصَّةً، بل لأنفسهم ولأموالهم؛ لأن الإنسان كما يتخذ البيت ستراً لنفسه يتخذه ستراً لأَموالِه، وكما يَكْرَهُ اطلاعَ الغير على نفسه، يكره اطلاعه على أمواله، وفي بعض الأَخبار: «إِنَّ مَنْ دَخَلَ بَيْتاً بِغَيْرِ إِذْنٍ قَالَ لَهُ المَلَكُ المُوَكَّلُ بِهِ: عَصَيْتَ وَآذَيْتَ، فَيَسْمَعُ صَوْتَهُ الخَلْقُ كُلُّهُمْ إِلاَّ الثَّقَلَيْنِ، فَيَصْعَدُ صَوْتُهُ إِلىٰ السَّمَاءِ الدُّنْيَا، فَتَقُولُ مَلاَئِكَةُ السَّمَاءِ أُفٍّ لِفُلاَنٍ عَصَىٰ رَبَّهُ وَأَذَىٰ».

وَإِذا استأذن فأذن له حل له الدخول يدخل، ثم يسلم ولا يقدم التسليم على الدخول، كما قال بعضُ الناس لقوله (سبحانه وتعالى): ﴿فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتاً فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَارَكَةً طَيِّبَةً﴾ [النور:٦١] ولأنه لو سلم قبل الدخول، فإذا دخل يحتاج إلى التسليم ثانياً، وَإِن لم يؤذن له بالدخول وقيل له: ارجع، فليرجع.

ويكره له أن يقعد على الباب؛ لقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا﴾ [النور:٢٨] وفي بعض الأخبار: «الاسْتِئْذَانُ ثَلاَثُ مَرَّاتٍ مَنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِنَّ فَلْيَرْجِعْ»[(١)]، أما الأول فيسمع الحي. وأما الثاني: فيأخذوا حذرهم، وأما الثالث: فإن شاءوا أذنوا؛ وإن شاءوا ردُّوا.

فإذا استأذَن ثلاث مرات ولم يُؤْذَنُ له ينبغي أَنْ يرجعَ ولا يقعدَ على الباب لينتظر؛ لأَن للناس حاجات وأشغالاً في المنازل [وخارج المنازل][(٢)] فلو قعد على الباب وانتظر لضاق [به][(٣)] ذرعُهم، وشغل قلوبهم، ولعل لا تلتم حاجاتهم، فكان الرجوع خيراً له من القعود؛ وذلك قوله (تعالى): ﴿هُوَ أَزْكَى لَكُمْ﴾ [النور:٢٨] هذا إذا كان الدخول للزيارة ونحوها، فأما إذا كان الدخول لتغيير المنكر بأنْ سَمِعَ في دار صوت المزامير والمعازف، فليدخل عليهم بغير إذنهم، لأَن تغيير المنكر فرضٌ، فلو شرط الإذن لتعذر التغيير، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وإن كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضاً، وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم[(٤)] النص الذي تلونا، ولو دخل عليها من غير استئذان فربَّما كانت

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٦٩٤ ـ ١٦٩٥) كتاب الآداب باب الاستئذان حديث (٣٣، ٣٤، ٣٥/ ٢١٥٣).

(٢) سقط من ط. (٣) سقط من ط.

(٤) في ب: لعموم قوله تعالى: ﴿لا تدخلوا. . . .﴾ الآية.

مكشوفة العورة، فيقع بصره عليها، فيكرهان ذلك، وهكذا رُوِيَ أَنَّ رجلاً سأل النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) وقال: أنا أخدمُ أمي وأفرشُها، ألي أستأذن عليها؟ فقال رسولُ الله ﷺ: «نَعَمْ» فسأله ثلاثاً فقال (عليه الصلاة والسلام): «أَيَسُرُّكَ[1] أَنْ تَرَاهَا عُرْيَانَةً»؟ فقال: لا، قال: «اسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا»[2].

وكذا روي عن حذيفة (رضي الله عنه) أن رجلاً سأله فقال: أستأذن على أختي؟ فقال (رضي الله عنه): «إِن لم تستأذنْ رأيتَ ما يسوءك» إِلاَّ أَنَّ الأَمر في الاستئذان على المحارم أيسرُ وأسهل؛ لأن المحرم مطلق النظر إِلى موضع الزينة منها شرعاً، هذا الذي ذكرنا حكم الأحرار البالغين.

وأما حكم المماليك والصبيان: أما المملوك فيدخل في بيتِ سيده من غير استئذان إِلاَّ في ثلاثة أوقات: قبلَ صلاة الفجر، وعند الظهر، وبعد صلاة العشاء الآخرة؛ لقوله (تبارك وتعالى): ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا ٱلْحُلُمَ...... ﴾ إلى قوله (تعالى): ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النور:٥٨] ولأن هذه أوقات التجرد وظهور العورة في العادة.

أما قبل صلاة الفجر: فوقت الخروج من ثياب النومِ، وقت الظهيرة: وقت وضع الثياب للقيلولة.

وأما بعد صلاة العشاء: فوقت وضع ثياب النهار للنوم، ولا كذلك بعد هذه الأوقات الثلاث، لأن العورات بعدها تكون مستورة عادةً، والعبدُ والأَمَةُ في ذلك سواءٌ، سواء كان المملوك صغيراً أو كبيراً بَعْدَ أن كان يعرف العورة من غير العورة؛ لأن هذه أوقات غرة وساعات غفلة، فربما يكون على حالةٍ يَكْرَهُ أن يراه أحد عليها؛ وهذا المعنى يستوي فيه الذكر والأنثى، والكبير والصغير، بعد أن يكون من أهل التمييز، ويكون الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والتأديب، كما في الآباء مع الأبناء الصغار.

وأما الصبيان فإن كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخلُ في الأَوقات كلها، وإِن كان من أهل التمييز بأن قرب من البلوغ يمنعُهُ الأب من الدخولِ في الأَوقات الثلاثة؛ تأديباً وتعليماً لأمور الدين؛ كالأمر بالصلاة إذا بلغ سبعاً وضربه عليها إذا بلغ عشراً والتفريق بينهم في المضاجع، والله أعلم.

---

(١) في ط: يسرك.

(٢) تقدم تخريجه.

هذا إذا كان البيت مسكوناً بأنْ كان له ساكنٌ، وأما إذا لم يكن كالخانات والرباطات التي تكون للمارَّة، والخربات التي تقضى فيها حاجة البول والغائط، فلا بأس أنْ يدخلَهُ من غيرِ استئذانٍ؛ لقوله (سبحانه وتعالى): ﴿لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَدۡخُلُواْ بُيُوتًا غَيۡرَ مَسۡكُونَةٖ فِيهَا مَتَٰعٞ لَّكُمۡ﴾ [النور: ٢٩] أي: منفعة لكم، وهي منفعة دفع الحر والبرد في الخانات والرباطات، ومنفعة قضاء الحاجة من البول والغائط في الخربات، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وروي في الخبر أنه لما نزلت آيةُ الاستئذان، قال سيدُنا أبو بكر (رضي الله عنه): يا رسول الله، فَكَيْفَ بالبيوتِ التي بين مَكَّة وَالمدينةِ، وبين المدينةِ والشام؛ ليس فيها ساكنٌ، فأنزل الله (تعالى عَزَّ وَجَلَّ) قَوْلَهُ: ﴿لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَدۡخُلُواْ بُيُوتًا غَيۡرَ مَسۡكُونَةٖ فِيهَا مَتَٰعٞ لَّكُمۡ﴾ [النور: ٢٩]، والله (عزَّ وجلَّ) الموفق.

هذا الذي ذكرنا حُكْمُ الدخول.

وأما حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة؛ فإن كان في البيت امرأةٌ أجنبيةٌ أو ذاتُ رحمٍ محرمٍ، لا يحل للرجل أن يخلو بها؛ لأن فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام.

وقد رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لاَ يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بامْرَأَةٍ إلا و[1] ثَالِثُهُمَا الشَّيْطَانُ»[2] وإنْ كانت المرأة ذات رحم محرم منه فلا بأس بالخلوة.

والأفضلُ ألا يفعل؛ لما روي عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنهما) أنه قال: ما خلوتُ بامرأةٍ قَطُّ؛ مخافةَ أن أدْخُلَ في نهي النبيِّ (عليه الصلاة والسلام).

ويكره للمرأة أَنْ تَصِلَ شعْرَ غيرِها من بني آدم بشعرِها، لقوله (عليه السلام): «لَعَنَ اللَّهُ الوَاصِلَة والمُسْتَوْصِلَةَ»[3] ولأنَّ الآدميَّ بجميع أجزائه مكرم، والانتفاعُ بالجزء المنفصل منه إهانةٌ

---

(١) في ط: فإن.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (١٠/ ٣٨٧) كتاب اللباس: باب وصل الشعر حديث (٥٩٣٧) ومسلم (٣/ ١٦٧٧) كتاب اللباس: باب تحريم فعل الواصلة حديث (١٩٩/ ٢١٢٤) وأبو داود (٢/ ٤٧٦) كتاب الترجل: باب في صلة الشعر حديث (٤١٦٨) والترمذي (٤/ ٢٠٧) كتاب اللباس: باب ما جاء في مواصلة الشعر حديث (١٧٥٩) والنسائي (٨/ ١٤٥) كتاب الزينة: باب المستوصلة حديث (٥٠٩٥) وابن ماجه (١/ ٦٣٩) كتاب النكاح: باب الواصلة والواشمة. حديث (١٩٨٧) والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ٢١٦ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة.
وقال الترمذي: حسن صحيح.
قال الحافظ في «التلخيص» (١/ ٢٧٦): واللفظ للبخاري إلا قوله: الواشرة والمستوشرة وقد قال الرافعي في «التذنيب» إنها في غير الروايات المشهورة وهو كما قال فقد رويناها في مسند عمر بن عبد العزيز =

له، ولهذا كره بيعه، ولا بأس بذلك من شعر البهيمة وصوفها؛ لأنه انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك، ولهذا احتمل الاستعمال في سائر وجوه الانتفاع، فكذا في التزين.

ولا بأس للرجلِ أَنْ يعزل عن أمتِهِ بغير إذنها.

وأما المنكوحةُ فإنْ كانت حُرَّةً يُكْرَهُ[1] له العزل من غير إذنها بالإجماع؛ لأن لها في الولد حقًّا وفي العزل فوتُ الولد، ولا يجوز تفويت حق الإنسان من غيرِ رضاه، فإذا رضيتْ جاز.

وإن كانت أمةً فلا بد من الإذن أيضاً بلا خلافٍ؛ لكن الكلام في أن الإذن بذلك إلى المولى أم إليها، قال أبو حنيفة (رحمه الله): الإذنُ فيه إلى مولاها، وقال أبو يوسف ومحمدٌ (رحمهما الله): إليها.

وجه قولهما أَن لها حَقًّا في قضاء الشهوة، والعزلُ يوجب نقصاناً فيه، ولا يجوز إبطال حق[2] الإنسان من غير رضاه.

وجه قول أبي حنيفة (رضي الله عنه) أَنَّ الكراهة في الحرة لمكان خوفِ فوتِ الولدِ الذي لها فيه حَقٌّ، والحقُّ ههنا في الولد للمولى لا للأمة، وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة، فنعم، لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال.

= للباغندي من حديث معاوية ورواه أبو نعيم في المعرفة في ترجمة عبد الله بن عضاه الأشعري وقال ابن الصلاح في الوسيط لم أجد هذه الزيادة بعد البحث الشديد إلا أن أبا داود والنسائي رويا في حديث عن أبي ريحانة في النهي عن الوشر. انتهى وهو في مسند أحمد من حديث عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يلعن الواشمة والمؤتشمة والواشرة والمؤتشرة.

(١) اختلف أهل العلم في كراهية العزل، فرخص فيه غير واحد من الصحابة والتابعين، قال جابر: كنا نعزل والقرآن ينزل، ورخص فيه زيد بن ثابت، وروي عن أبي أيوب، وسعد بن أبي وقاص وابن عباس أنهم كانوا يعزلون.

وكرهه جماعة من الصحابة وغيرهم لما روي أن النبي ﷺ سئل عن العزل، فقال: «ذلك الوأدُ الخفي» وروي عن ابن عمر أنه كان لا يعزل، قال مالك: لا يعزل عن الحرة إلا بإذنها، ولا عن زوجته الأمة إلا بإذن أهلها، ويعزل عن أمته بغير إذنها. وروي عن ابن عباس «تُستأمر الحرة في العزل، ولا تُستأمر الجارية». وبه قال أحمد.

وفي الحديث دلالة على أنه لو أقر بوطء أمته، وادعى العزل أن الولد لاحق به إلا أن يدعي الاستبراء.

وروي عن عبد الرحمن بن حرملة، عن ابن مسعود: كان نبي الله ﷺ يكره عشر خصال: الصفرة: يعني الخلوق، وتغيير الشيب، وجر الإزار، والتختم بالذهب، والتبرج بالزينة لغير محلها، والضرب بالكعاب، والرقى إلا بالمعوذات، وعقد التمائم، وعزل الماء عن محله، وفساد الصبي غير محرمه.

ينظر: شرح السنة (٥/ ٨٠ ـ ٨١).

(٢) في ب: البخس بحق.

أَلاَ ترى أن من الرجال مَنْ لا ماء له، وهو يجامعُ امرأتَهُ من غيرِ إنزال، ولا يكون لها حق الخصومة، دَلَّ أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وَيُكْرَهُ للرجل أن يقولَ في دعائه: أسألُكَ بحقِّ أنبيائك ورسلِكَ، وبحقِّ فلانٍ؛ لأنه لا حَقَّ لأحدٍ على الله (سبحانه وتعالى جل شأنه)؛ وكذا يكره أن يقولَ في دعائه: أسألك بمعقد العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ.

وروي عن أبي يوسف أنه لا بأس بذلك؛ لورود الحديث، وهو ما روي عن رسولِ الله ﷺ أنه كان يقولُ في دعائه: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِمَعْقَدِ العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ، وَمُنْتَهَىٰ الرَّحْمَةِ مِنْ كِتَابِكَ، وَبِاسْمِكَ الأَعْظَمِ، وَجَدِّكَ الأَعْلَىٰ، وَكَلِمَاتِكَ التَّامَّةِ»[١].

وجه ظاهر الرواية أن ظاهر هذا اللفظ يوهم التشبيه، لأن العرش خلق من خلائق الله (تبارك وتعالى جلَّ وعلا) فاستحال أن يكون عز الله (تبارك وتعالى) معقوداً به، وظاهر الخبر الذي هو في حد الآحاد إذا كان موهماً للتشبيه، فالكف عن العمل به أسلم.

ويكره حمل الخرقة لمسح العرق والامتخاط ترفعاً بها وتكبراً؛ لأن التكبر من المخلوق مذمومٌ؛ وكذا هو تشبيه بزيِّ العَجَمِ.

وقال سيدنا عمر (رضي الله عنه): «إِيَّاكُمْ وزي العجم».

فأما الحاجة فلا بأس به؛ لأنه لو لم يحمل لاحتاج إلى الأخذ بالكم والذيل، وفيه إفساد ثوبِهِ.

ولا بأس بربط الخيط في الأصبع أو الخاتم للحاجة؛ لأن فيه استعانة على قضاء حاجة المسلم بالتذكير ودفع النسيان، وأنه أمرٌ مندوب إليه.

وروي أَنَّ رسول الله ﷺ أَمَرَ بَعْضَ الصحابة بذلك.

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاءِ، لما روي عَنِ النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إِذَا أَتَيْتُمْ الغَائِطَ فَعَظِّمُوهُ قِبْلَةَ اللَّهِ (تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ) فَلا تَسْتَقْبِلُوهَا وَلاَ تَسْتَدبِرُوهَا، وَلَكِنْ شَرِّقُوا أَوْ غَرِّبُوا» وهذا بالمدينة[٢].

---

(١) أخرجه البيهقي في «الدعوات الكبير» كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣).
وذكره ابن الجوزي في «الموضوعات» وقال: هذا حديث موضوع بلا شك وفي إسناده عمر بن هارون البلخي قال ابن معين فيه: كذاب، وقال ابن حبان يروي عن الثقات المعضلات ويدعي شيوخاً لم يسرهم.

(٢) تقدم.

وأما الاستدبار فعن أبي حنيفة (رضي الله عنه) فيه روايتان: في روايةٍ: يكره، وفي رواية: لا يكره؛ لما رَوَىٰ عبدُ الله بن سيدنا عمر (رضي الله عنهما) أنه رأى النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) مستقبل الشام مستدبر القبلة[١]؛ ولأنَّ فَرْجَه لا يوازي القبلة حالة الاستدبار، وَإِنما يوازي الأرضَ بخلاف حالة الاستقبال.

هذا إذا كان في الفضاء، فإن كان في البيوت فكذلك عندنا، وعند الشافعي (عليه الرحمة) لا بأس بالاستقبال في البيوت.

واحتج بما رَوَىٰ عبدُ الله بن سيدنا عمر (رضي الله عنهما) سُئل عن ذلك فقال: إِنَّما ذلك في الفضاء.

ولنا ما روينا من حديثِ رسولِ الله ﷺ مطلقا من غير فصل بين الفضاء والبيوت، والعمل بقولِ رسولِ الله ﷺ أَوْلَى من العمل بقول الصحابي، ولأن الفارق بين الفضاء وبين البيوت إِن كان وجود الحائل من الجدار ونحوه؛ فقد وجد الحائل في الفضاء وهو الجبال وغيرها، ولم يمنع الكراهة؛ فكذا هذا.

ويكره أن تكون قبلة المسجد إلى متوضأ أو مخرج أو حمام؛ لأَن فيه ترك تعظيم المسجد، وأما مسجد البيت وهو الموضع الذي عينه صاحبُ البيت لصلاةِ فلا بأس بذلك؛ لأنه ليس بمسجدٍ حقيقة، فلا يكون له حكم المسجد.

وَتُكرَهُ التصاويرُ في البيوت؛ لما روي عن رسول الله ﷺ عن سيدنا جبريل (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «[إنّا][٢] لاَ نَدْخُلُ بَيْتاً فِيهِ كَلْبٌ أَوْ صُورَةٌ»[٣] ولأَن إِمساكها تشبه بعبدة الأَوثان، إلا إذا كانت على البُسُطِ أو الوسائد الصغار التي تلقى على الأَرض ليجلسَ عليها [فلا][٤] تُكرَهُ؛ لأَن دوسَهَا بالأرجلِ إِهانةٌ لها، فإمساكها في موضع الإِهانة لا يكون تشبهاً بعبدة الأَصنام إلاَّ أن يسجد عليها، فيكره لحصول معنى التشبه، ويكره على الستور وعلى الأزر المضروبة على الحائط وعلى الوسائد الكبار، وعلى السقف لما فيه من تعظيمها، ولو لم يكن لها رَأْسٌ فلا بأس؛ لأنها لا تكون صورة، بل تكون نقشاً، فإن قطع رأسَهُ بأنْ خاط على عنقِهِ خيطاً، فذاك ليس بشيء؛ لأنها لم تخرج عن كونها صورة، بل ازدادَتْ حلية كالطوق لذوات الأَطواقِ من الطيور، ثم المكروه صورة ذي الروح، فأما صورة ما لا روحَ فيه[٥] من الأَشجارِ والقناديلِ ونحوها، فلا بأس به.

---

(١) تقدم.
(٢) سقط من ط.
(٣) تقدم.
(٤) سقط من ط.
(٥) في ط: له.

ويكره التعشيرُ والنقطُ في المصحف، لقول عبد الله بن مسعودٍ (رضي الله عنهما): جَرِّدُوا مَصَاحِفَكُمْ[١]، وذلك في ترك التعشير والنقط؛ ولأن ذلك يؤدي إلى الخلل في تحفظ القرآن؛ لأنه يشكل[٢] عليه، فلا يجتهد في التحفظ، بل يَتَكَاسَل، لكن قيل هذا في بلادهم، فأما في بلاد العجم فلا يكره؛ لأن العجم لا يقدرون على تعلم القرآن بدونه، ولهذا جرى التعارف به في عامة البلاد[٣] من غير نكير، فكان مسنوناً لا مكروهاً، ولا بأس بنقش المسجد بالجصِّ والساجِ وماء الذهب، لأن تزين المسجد من [باب][٤] تعظيمه، لكن مع هذا تركه أفضل، لأن صرف المال إلى الفقراء أَوْلَى، وإليه أشار عمرُ بن عبد العزيز (رضي الله عنهما) حين رأى ما لا ينقل إلى المسجد الحرام، فقال المساكينُ أحوجُ من الأساطين[٥]، وكان لمسجد رسولِ اللَّهِ ﷺ جريد النخل، وهذا إذا نقش من مال نفسه، فأما من مال المسجد فلا ينبغي أنْ يفعل، ولو فعل القيم من مال المسجد قيل أنه يضمن.

ولا يعق عن الغلام والجارية عندنا، وعند الشافعي (رحمه الله): العقيقةُ سُنَّةٌ.

واحتجَّ بما روي أَنَّ رسولَ الله ﷺ عَقَّ عَنْ سيدنا الحسن وسيدنا الحسين (رضي الله عنهما) كبشاً كبشاً[٦].

ولنا ما روي عن سيدنا رسول الله ﷺ أنه قال: «نَسَخَتِ الأُضْحِيَةُ كُلَّ دَم كَانَ قَبْلَهَا، وَنَسَخَ صَوْمُ رَمَضَانَ كُلَّ صَوْمٍ كَانَ قَبْلَهُ، وَنَسَخَتِ الزَّكَاةُ كُلَّ صَدَقَةٍ كَانَتْ قَبْلَهَا»[٧] والعقيقة كانت قبل الأضحية، فصارتْ منسوخة بها كالعتيرة والعقيقة ما كانت قبلها فرضاً، بل كانت فضلاً، وليس بعد نسخ الفضل إلاَّ الكراهة بخلاف صوم عاشوراء، وبعض الصدقات المنسوخة حيث [لا يكرُه][٨] التنقل بها بعد النسخ؛ لأنَّ ذلك كان فرضاً، وانتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه قربة في نفسه، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ويكره للرجل أن يجعل الراية في عنق عبدِهِ، ولا بأس بأن يقيده، أما الراية وهي الغلُّ، فلأنه شيءٌ أحدثتْهُ الجبابرة.

وقد قال رسولُ الله ﷺ: «كُلُّ مُحْدَثَةٍ بِدْعَةٌ، وَكُلُّ بِدْعَةٍ ضَلالَةٌ، وَكُلُّ ضَلالَةٍ فِي النَّارِ»[٩] فأما التقييد فليس بمحدثٍ، بل كان يستعمله الصحابة الكرام (رضي الله تعالى عنهم) روي أَنَّ

(١) ورد هذا بلفظ: جردوا القرآن. أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق كما في «نصب الراية» (٤/٢٦٩).
(٢) في ط: يتكل.
(٣) في ب: الإسلام.
(٤) سقط من ط.
(٥) في ب: الشياطين.
(٦) تقدم.
(٧) تقدم.
(٨) في ب: جاز.
(٩) تقدم.

عَبْدَ الله بن عباس (رضي الله عنهما) قيد عبداً له يعلمه تأويل القرآن، وبه جرت العادة في سائر الأعصار من غير نكيرٍ، فيكون إجماعاً، ولأن ضرب الراية على العبد لابقاء التمكن من الانتفاع مع الأَمن عن الإِباق إلاَّ أَن يحصل بالراية؛ لأن كل أحد إذا رآه يمشي مع الراية يظنه آبقاً، فيصرفه عن وجهه ويردُّه إلى مولاه، فلا يمكنه الانتفاع به، فلم يكن ضرب الراية عليه مفيداً.

ولا بأس بالحقنة، لأَنها من باب التداوي، وأنه أمر مندوب إليه.

قال النبيُّ (عليه الصلاة والسلام): «تَدَاوَوْا فَإِنَّ اللَّهَ (تَعَالَىٰ) لَمْ يَخْلُقْ دَاءً إِلاَّ وَقَدْ خَلَقَ لَهُ دَوَاءً إِلاَّ السَّامَّ وَالهِرَم»[١].

وَيُكْرَهُ اللعب بالنرد[٢] والشطرنج والأَربعة عشر، وهي لعب تستعمله اليهود، لأَنه قمارٌ، أو لعبٌ، وكلُّ ذلك حرام.

وأما القمار؛ فلقوله(عزَّ وجلَّ): ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الخَمْرُ وَالمَيْسِرُ والأَنْصَابُ والأَزْلاَمُ رِجْسٌ﴾ [المائدة: ٩٠] وهو القمارُ؛ كذا روى ابن عباس وابن سيدنا عمر (رضي الله عنهم)[٣]، وروي عن مجاهد وسعيد بن جبير والشعبي وغيرهم (رضي الله عنهم) أنهم قالوا: الميسرُ القمار[٤] كله، حتى الجوز الذي يلعب به الصبيان.

وعن سيدنا عليٍّ (رضي الله عنه) أنه قال: الشطرنجُ [هو][٥] مَيْسِرُ الأعاجم[٦]، وعن النبي ﷺ أنه قال: «مَا أَلْهَاكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ فَهُوَ مَيْسِرٌ»[٧].

---

(١) تقدم.

(٢) والنرد هو الطاولة والواضع له أزدشيرين بابك وهو أول ملوك الفرس الأخيرة، فإنه وضع النرد وضرب به مثلاً للقضاء والقدر وأن الإنسان ليس له تصرف في نفسه لا يملك لها نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ولا يقدر أن يجلب لها موتاً ولا حياة ولا سعداً ولا شقاء بل هو مصرف على حكم القضاء والقدر معرض طوراً للنفع وطوراً للضرر.
وجعلها أيضاً تمثيلاً للخط الذي يناله العاجز بما يجري لديه من الملك والحرمان الذي يبتلى به الحازم بما دار به عليه الفلك ـ وضعها على مثال الدنيا وأهلها فرتب الرقعه اثني عشر بيتاً بعدد شهور السنة والبروج وجعل القطع ثلاثين قطعة بعدد أيام كل شهر والدرج التي هي لكل برج ثلاثين درجة.

(٣) ينظر: «الدر المنثور» (٢/ ٥٦٥).

(٤) ينظر: «الدر المنثور» (٢/ ٥٦٥).

(٥) سقط من ط.

(٦) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٢/ ٥٦٤) وعزاه إلى عبد بن حميد.

(٧) تقدم.

وأما اللعب: فلقوله (عليه الصلاة والسلام): «كُلُّ لَعِبٍ حَرَامٌ، إِلاَّ مُلاَعَبَةِ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ وَقَوْسَهُ وَفَرَسَهُ»(١).

وقوله (عليه الصلاة والسلام): «مَا أَنَا مِنْ رَدٍّ وَلاَ رَدَّ مِنِّي».

وحكي عن الشافعي (رحمه الله) أنه رخص في اللعب بالشطرنج(٢)، وقال: لأن فيه

---

(١) تقدم في النكاح.

(٢) الشطرنج: هو بكسر أوله، وفي لغة بالسين، وفيه أربع لغات كسر الشين، وفتحها، والإعجام، والإهمال ـ والأشهر الإعجام مع الكسر، ويجمع على شطارج، وأصله في اللغة الأعجمية «شسن رنك» ومعناه: ستة ألوان، لأن شمس ستة، ورنك ألوان، وهي أعني: الستة الشاة، والفرزان، والفيل، والفرس، والرخ، والبيرق، ثم أول من وضعه كما ذكره ابن خلكان، وصاحب الغرر.
«حرمة بن داهر الهندي» وضعه (لبلهيت)، ويقال له شِهْرَامْ بكسر الشين المعجمة.
وقصد الواضع للشطرنج مضاهاة لـ«أزدشير» أول ملوك الفرس الأخيرة واضع النرد لتمثيل الدنيا، وأهلها كما تقدم بيانه، وافتخرت الفرس بذلك.
ثم لما قارن حكماء ذلك العصر بينهما قضوا بترجيح الشطرنج على النرد؛ حيث إن الشطرنج وضع على أساس قاعدة أن لا قضاء ولا قدر مؤثرين بذاتهما، وأن الإنسان قادر بسعيه واجتهاده أن يبلغ المراتب العلية، والخطط السنية؛ فكان في ذلك إبطال القاعدة الأساسية التي بني عليها وضع النرد؛ كما أن الإنسان لو أهمل السعي والاجتهاد هوى به إلى الحضيض وأخرجه من روض العين الأريض.
ومما يدل على ذلك أن البيرق ينال بحركته وسعيه منزلة «الفرزان» في الرياسة.
ثم جعلها الواضع مصورة تماثيل على صورة الناطق والصامت، وجعلها درجات ومراتب، فجعل «الشاه» الرئيس والمدبر، والفرس والفيل مركوبين له، (والفرزان) وزيره، (والبيادق رعاياه فالواحد من الرعية لو أعطى الاجتهاد حقه في تهذيب نفسه كان ذلك عوناً على أنه ينال رتبة (الفرزان) أي وزيراً.
وكذلك (الفرزان) إذ علت همته، وتمكنت قدرته ـ طمحت نفسه إلى نيل رتبة (الشاة) أي الملك، ونازعه الملك، ولو أدى إلى مقاتلته، وهكذا الحكم في كل قطعة من القطع التي تليها.
وقيل إن الواضع للشطرنج بعض الحكماء، ليبينوا للناس ما خفي عنهم من مكايد الحروب، وكيفية ظفر الغالب، وخذلان المغلوب ـ وبينوا فيها التدبير والحزم، والاحتياط والمكيدة، والاحتراس، والتعبية والنجدة ـ والقوة والجلد والشجاعة والبأس، فمن عدم شيئاً من ذلك علم موضع تقصيره، ومن أين أتى بسوء تدبيره، لأن خطأها لا يستقال، والعجز فيها متلف المهج والأموال؛ لأنه معلوم بالبداهة أن في ترك الحزم ذهاب الملك، وضعف الرأي جالب للعطب والهلاك ـ والتقصير سبب الهزيمة. والتلف وعدم المعرفة بالتعبية داع إلى الانكشاف أمام العدو.
قال بعض المحققين إنما حرم اللعب بالنرد، ولم يحرم اللعب بالشطرنج؛ لأن المخطىء في الشطرنج إنما يحيل خطأه على فكر، وأما في النرد فيحيل خطأه على القدر، وهذا كفر وما يفضي إلى الكفر حرام؛ فحرم النرد لذلك. اهـ.
قال الشوكاني: قال النووي مذهبنا أنه مكروه وليس بحرام، وهو مروي عن جماعة من التابعين. وقال مالك وأحمد هو حرام، قال مالك: هو شر من النرد وألهى. وروى ابن كثير في إرشاده أن أول ظهور =

تشحيذَ الخاطرِ وتذكيةَ الفهمِ والعلم بتدابير الحرب ومكايده، فكان من باب الأدب، فأشبه الرماية والفروسية، وبهذا لا يَخرج عن كونه قماراً ولعباً، وَكُلُّ ذلك حرامٌ لما ذكرنا.

وكره أبو يوسف التسليم على اللاَّعبين بالشطرنج؛ تحقيراً لهم لزجرِهم عن ذلك، ولم يكرهه أبو حنيفة (رضي الله عنه)؛ لأن ذلك يشغلهم عما هم فيه، فكان التسليمُ [عليهم][1] بَعْضَ ما يمنعهم عن ذلك، فلا يكره.

ولا بأس بعيادةِ اليهود والنصارى؛ لما روي أنَّ رسولَ الله ﷺ عاد يهوديًا فقال له: «قُلْ لاَ إِلٰهَ إِلاَّ اللَّهَ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ» فنظر إلى أبيه فقال له أبوه: «أَجِبْ مُحَمَّداً» فأسلم، ثم مات،

= الشطرنج في زمن الصحابة وضعه رجل هندي يقال له صصة. قال: وروى البيهقي من حديث جعفر بن محمد عن أبيه «أن علياً قال في الشطرنج: هو من الميسر» قال ابن كثير: وهو منقطع جيد، وروي عن ابن عباس وابن عمر وأبي موسى الأشعري وأبي سعيد وعائشة أنهم كرهوا ذلك. وروي عن ابن عمر أنه شر من النرد كما قال مالك. وحكى في ضوء النهار عن ابن عباس وأبي هريرة وابن سيرين وهشام بن عروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وابن جبير أنهم أباحوه وقد روي في تحريمه أحاديث، أخرج الديلمي من حديث واثلة مرفوعاً: «إنّ لله في كلّ يوم ثلاثمائة نظرة ولا ينظر فيها إلى صاحب الشاه» وفي لفظ «يرحم بها عباده ليس لأهل الشاه فيها نصيب» يعني الشطرنج. وأخرج من حديث ابن عباس يرفعه «ألا إن أصحاب الشاه في النار الذين يقولون: قتلت والله شاهك». وأخرج الديلمي أيضاً عن أنس يرفعه «ملعون من لعب بالشطرنج». وأخرج ابن حزم وعبدان «ملعون من لعب بالشطرنج، والنظر إليهم كالآكل لحم الخنزير» من حديث جميع بن مسلم. وأخرج الديلمي عن عليّ مرفوعاً «يأتي على الناس زمان يلعبون بها، ولا يلعب بها إلا كل جبار، والجبار في النار». وأخرج ابن أبي شيبة وابن المنذر وابن أبي حاتم عن عليّ كرم الله وجهه أنه قال: «النرد والشطرنج من الميسر» وأخرج عنه عبد بن حميد أنه قال: «الشطرنج ميسر العجم». وأخرج عنه ابن عساكر أنه قال: «لا يسلم على أصحاب النردشير والشنطرنج» قال ابن كثير: والأحاديث المروية فيه لا يصح منها شيء، ويؤيد هذا ما تقدم من أن ظهوره كان في أيام الصحابة، وأحسن ما روي فيه ما تقدم عن عليّ كرم الله وجهه، وإذا كان بحيث لا يخلو أحد اللاعبين من غنم أو غرم فهو من القمار، وعليه يحمل ما قاله عليّ إنه من الميسر، والمجوزون له قالوا: إن فيه فائدة وهي معرفة تدبير الحروب ومعرفة المكايد فأشبه السبق والرمي. قالوا: وإذا كان على عوض فهو كمال الرهان.

ولا نزاع أنه نوع من اللهو الذي نهى الله عنه، ولا ريب أنه يلزمه إيغار الصدور وتتأثر عنه العداوات، وتنشأ منه المخاصمات، فطالب النجاة لنفسه لا يشتغل بما هذا شأنه، وأقل أحواله أن يكون من المشتبهات، والمؤمنون وقافون عند الشبهات. وفي الشفاء للأمير الحسين قبل آخر الكتاب بنحو ثلاث ورق عن عليّ عليه السلام «أنه أمر بتحريق رقعة الشطرنج وإقامة كلّ واحد ممن لعب بها معقولاً على فرد رجل إلى صلاة الظهر، ثم ذكر غير ذلك».

ينظر: نيل الأوطار (٨/ ٩٩ ـ ١٠٠).

(١) سقط من ط.

فقال رسول الله ﷺ: «الحَمْدُ للَّهِ الَّذِي أَنْقَذَ بِي نَسَمَةً مِنَ النَّارِ»[١] ولأَن عيادة الجار قضاء حق الجوار، وأنه مندوبٌ إِليه، قال الله (تبارك وتعالى): «وَالجَارِ الجُنُبِ» من غير فصل مع ما في العيادة من الدعوة إِلى الإِيمان رجاء الإِيمان، فكيف يكون مكروهاً.

ويكره الابتداء بالتسليم على اليهودي والنصراني، لأَن السلام اسمٌ لكلِ برٌ وخير، ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر، إِلاَّ أنه إذا سلَّم لا بأس بالرد عليه مجازاة له، ولكن لا يزيد على قوله: وَعَلَيْكَ، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إِنَّ اليَهُودَ إِذَا سَلَّمَ عَلَيْكُمْ أَحَدَهُمْ فَإِنَّمَا يَقُولُ السَّامُ عَلَيْكُمْ فَقُولُوا وَعَلَيْكُمْ»[٢].

ولا بأس بدخول أهل الذمة المساجد عندنا.

وقال مالك (رحمه الله) والشافعي لا يحلُّ لهم دخول المسجد الحرام[٣]، احتج مالكٌ

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم (١٧٠٧/٤) كتاب السلام: باب «النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام، وكيف يرد عليهم» رقم (٢١٦٣/٦)، وأبو داود (٧٧٣/٢) كتاب الأدب: باب «في السلام على أهل الذمة» رقم (٥٢٠٥)، والترمذي (١٥٤/٤) كتاب السير باب «ما جاء في التسليم على أهل الكتاب» رقم (١٦٠٢)، وأحمد (٢/ ٢٦٦ - ٣٤٦ - ٤٥٩)، وعبد الرزاق (٣٩١/١٠): كتاب الجامع: باب «السلام على أهل الشرك والدعاء لهم» رقم (١٩٤٥٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣٤١/٤) كتاب «الكراهية» باب «السلام على أهل الكفر» والروايات مطولة ومختصرة.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) قال الزركشي من علماء الشافعية قال أصحابنا: لا يمكن الكافر من دخول حرم مكة، سواءٌ مساجدها، وغيرها. حتى لو جاء في رسالة لا يدخل بل يخرج إليه من يقضي الأمر المتعلق به. هذا هو المشهور. قال شيخنا: ورأيت في كتاب القاضي ابن كج في كتاب الحج: لا يجوز للمشرك عندنا دخول الحرم، فإن احتيج إلى أن يدخل طبيب كافر إليه فذلك جائز للضرورة غير أنه لا يترك مستوطناً به. هذا لفظه بحروفه. وظاهر نص الأم، وإطلاق الجمهور في كتاب الجزية ينازعه. قال الشافعي في الأم هناك: ليس للإمام أن يدع مشركاً يطأ الحرم بحال من الحالات. طبيباً كان أو صانعاً بنياناً أو غيره انتهى. ولعل ابن كج يحمل النص على غير حالة الضرورة، وأغرب القاضي فحكى في الذخائر فقال: هناك: وإن جاءَ كافر رسولا إلى الإمام في الحرم فقد قال الخراسانيون: يجوز دخوله، لأداءِ الرسالة. وقال العراقيون: لا يجوز قال: وإن جاء ليسلم أو ليسمع كلام الله قال الخراسانيون يجوز له الدخول لذلك وقال العراقيون لا يجوز بل يخرج إليه من يسمع كلامه وإسلامه، ويسمعه كلام الله تعالى انتهى. وما نقله عن الخراسانيين غريب أو غلط. والموجود في كتبهم التصريح بموافقة العراقيين. وقد صرح بذلك الإمام في كتبه، وولده، والغزالي، والعوراني، والبغوي، وغيرهم، ولم يذكر صاحب الكافي والترغيب من متأخريهم سواه، وأما غير الحرم فيجوز أن يدخل كل مسجد ويبيت فيه بإذن المسلمين وهو مذهب جمهور العلماء. وجوز أبو حنيفة تمكينه من دخول الحرم، واحتج أصحابنا بقوله تعالى: ﴿إنما المشركون نَجَسٌ فلا يقربوا =

(رحمه الله) بقولِهِ (عزَّ وجلَّ): ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة:٢٨] وتنزيه المسجد عن النجس واجبٌ، يحققه أنه يجب تنزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالنخامة[١] ونحوها، قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ الْمَسْجِدَ لَيَنْزَوِي[٢] مِنَ النُّخَامَةِ كَمَا تَنْزَوِي الْجِلْدَةُ مِنَ النَّارِ»[٣] فعن النجاسة أولى.

واحتج الشافعيُّ (رحمه الله) بقولِه (جلَّ وعلا): ﴿فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة:٢٨] خصَّ المسجد الحرام بالنهي عن قربانِهِ، فيدل على اختصاص حرمة الدخول به؛ ليكون التخصيص مفيداً.

ولنا: أَنَّ المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على رسولِ الله ﷺ؛ فإنه روي أَنَّ أبا سفيان دَخَلَ المسجد عام الحديبية؛ وكذا وَفْدُ ثقيف دخلوا المسجد.

وقال رسولُ الله ﷺ يَوْمَ فتح مكة: «مَن دَخَلَ الْمَسْجِدَ فَهُوَ آمِنٌ»[٤] جعل (عليه الصلاة

= المسجدَ الحرامَ بعد عَامِهم هذا﴾. وهذه الآية نزلت في سنة تسع من الهجرة، والمراد بالمسجد الحرام في الآية، الحرم كله، لقوله: ﴿سبحانَ الذي أَسرى بعبده لَيلاً من المسجد الحرام﴾ وإنما أُسرى به من بيت أم هانيء، أو من بيت خديجة. كما قاله الماوردي والبغوي وكلاهما خارج عن الحرم. ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى في الآية: ﴿وإن خِفتم عَيْلَةً فسوف يُغنيكم الله من فضله إن شاءَ﴾. أي إن خفتم انقطاع التجارة عنكم، فاعتصموا بفضل الله، ومعلوم أن ما يخاف من هو في البلد لا في المسجد نفسه، ولقوله تعالى: ﴿وإذ قال إبراهيم رب اجعل هذا بلداً آمناً﴾ إلى أن قال: ﴿ومن كفر فأُمَتِّعه قليلاً﴾. أي بمكة وهو ما قبل فتحها. فدل على تحريمها على الكافر بعد الفتح. (وقد روى الشافعي بسنده أنه عليه السلام قال: لا يجتمع مسلم ومشرك في الحرم) ولقول ابن عباس: لا يدخل أحد مكة إلا محرماً. والكافر لا يمكن إحرامه، فامتنع دخوله. وقال الماوردي في الحاوي: الكافر إن شرط عليه في عقد جزيته ألا يدخل مساجدنا، فليس له دخولها وإن لم يشترط عليه ذلك ففيه ثلاثة مذاهب أحدهما: وهو مذهب الشافعي أنه يجوز لهم دخول مساجدنا بإذننا إلا الحرم، ومساجده، فلا يجوز لهن دخوله. والثاني: وهو قول أبي حنيفة أنه يجوز لهن دخول المساجد كلها في الحرم وغيره. والثالث: وهو قول مالك أنه يجوز لهم دخول الحرم ومساجده إلا المسجد الحرام خاصة. ينظر: أعلام الساجد ص (١٧٣ ـ ١٧٥).

(١) في ب: المخاط.

(٢) ينزوي: ينضم وينقبض. النهاية في غريب الحديث (زوى).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه مسلم (٣/١٤٠٧) كتاب الجهاد: باب فتح مكة حديث (٨٦/ ١٧٨٠) وأبو داود (٢/١٧٨) كتاب الخراج باب ما جاء في خبر مكة حديث (٣٠٢٤) وأحمد (٢/٥٣٨) والدارقطني (٣/٦٠ ـ ٦١) كتاب البيوع حديث (٢٣٣) والبيهقي (٦/ ٣٤) كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع دور مكة، وفي «دلائل النبوة» (٥/٥٦) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٦٤٣، ٦٤٤ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق عبد الله بن رباح عن أبي هريرة.

والسلام) المسجد[١] مأمناً، ودعاهم إلى دخوله، وما كان (عليه الصلاة والسلام) ليدعو إلى الحرام.

وأما الآية الكريمة فالمرادُ أنهم نجسُ الاعتقاد والأَفعال، لا نجس الأَعيان، إذ لا نجاسة على أعيانهم حقيقة، وقوله (عزَّ وجلَّ) ﴿فَلاَ يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ نَهْيٌ عن دخولِ مكة للحجِ، لا عن دخول المسجد الحرام نفسه؛ لقوله (تعالى): ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ﴾ [التوبة:٢٨].

ومعلومٌ أن خوف العَيْلَة إِنما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة، لا عن دخول المسجد الحرام نفسه؛ لأَنهم إذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة؛ ولما رُوِيَ أن رسول الله ﷺ بعث سيدنا عليًا (رضي الله عنه) ينادي أَلاَ لا يحجَّنَّ بعد هذا العام مشركٌ[٢] فَثَبَتَ أَن هذا نهيٌ عن دخولِ مكة للحجِّ إِلاَّ أنه (سبحانه وتعالى) ذكر المسجد الحرام لما أن المقصد من إِتيان مكة البيت والبيت في المسجد، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

[ولو أن] مسلماً باع خمراً وأخذ ثمنها وعليه دَيْنٌ، يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه، ولو كان البائع نصرانيًا فلا بأس بأخذه.

ووجه الفرق أَنَّ بيع الخمر من المسلم باطلٌ؛ لأَنها ليست بمتقومة في حق المسلم، فلا يملك ثمنها، فبقي على حكم ملك المشتري، فلا يصح قضاء الدين به، وابن كان البائع نصرانيًا، فالبيعُ صحيحٌ لكونها مالاً متقوماً في حقه، فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

رجل دعي إلى وليمة أو طعام وهناك لعبٌ أو غناء، جملة الكلام فيه أن هذا في الأصلِ لا يخلو من أحد الوجهين:

إما أن يكون عالماً أَن هناك ذاك، وإِما أن لم يكن عالماً به، فإِن كان عالماً به، فإِن كان من غالبِ رأيه أنه يمكنه التغيير، يجيب؛ لأَنَّ إجابة الدعوى مسنونة.

قال النبيُّ (عليه الصلاة والسلام): «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيمَةٍ فَلْيَأْتِهَا»[٣] وتغيير المنكر

---

(١) في ب: الحرم. (٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري (٩/ ١٤٨) كتاب النكاح: باب حق الوليمة حديث (٥١٧٣) ومسلم (٢/ ١٠٥٢) كتاب النكاح: باب الأمر بإجابة الداعي حديث (٩٦/ ١٤٢٩) ومالك في «الموطأ» (٢/ ٥٤٦) كتاب النكاح: باب ما جاء في الوليمة حديث (٤٩) وأبو داود (٢/ ٣٦٧) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في إجابة الدعوة حديث (٣٧٣٦، ٣٧٣٧، ٣٧٣٨) والترمذي (٣/ ٤٠٤) كتاب النكاح: باب ما جاء في إجابة الداعي =

مفروضٌ، فكان في الإِجابة إِقامة الفرض ومراعاة السنة.

وَإِن كان في غالب رأيه أنه لا يمكنه التغيير، لا بأس بالإِجابة لما ذكرنا أَن إِجابة الدعوة مسنونة، ولا تترك السنة لمعصيةٍ تُوجَدُ من الغير.

أَلاَ تَرَىٰ أنه لا يترك تشييع الجنازة وشهود المأتم، وإِنْ كان هناك[1] معصية من النياحةِ وشقِّ الجيوب ونحو ذلك؛ كذا ههنا.

وقيل هذا إذا كان المدعو إِماماً يُقْتَدَىٰ به؛ بحيث يحترم ويحتشم منه، فإِنْ لم يكنْ فترك الإِجابة والقعود عنها أَوْلَى.

وإِن لم يكن عالماً حتى ذهب فوجد هناك لعباً أو غناء، فإِن أمكنه التغيير غَيَّرَ، وإِن لم يمكنه ذكر في الكتاب وقال لا بأس بأن يقعد ويأكل.

قال أبو حنيفة (رضي الله عنه): ابتليتُ بهذا مَرَّةً لما ذكرنا أنَّ إِجابة الدعوة أمرٌ مندوب إليه، فلا يترك لأجل معصية توجد من الغير.

هذا إذا لم يعلم به حتى دخل، فإِن علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل، وقيل هذا إِذا لم يكن إِمام يقتدى به، فإِن كان لا يمكث بل يخرج؛ لأن في المكث استخفافاً بالعلم والدين وتجرئة لأهلِ الفسقِ على الفسق، وهذا لا يجوز، وصبر أبي حنيفة (رحمه الله) [عليه][2] محمولٌ على وقتٍ لم يصر فيه مقتدى به على الإِطلاق.

ولو صار لما صبر، وَدَلَّتِ المسألة على أن مجردَ الغناء معصيةٌ[3]. وكذا الاستماع إِليه؛ وكذا ضربُ القصب والاستماع إِليه، أَلاَ ترى أن أبا حنيفة (رضي الله عنه) سماه ابتلاءً.

= حديث (١٠٩٨) وابن ماجه (١/ ٦١٦) كتاب النكاح: باب إجابة الداعي حديث (١٩١٤) وأحمد (٢/ ٢٠، ٢٢، ٣٧، ١٠١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٤٧) والبيهقي (٧/ ٢٦٢) كتاب الصداق: باب اتيان كل دعوة عرساً كان أو نحوه، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ١٠٤ ـ بتحقيقنا) من طرق عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.

وله ألفاظ متعددة.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(١) في ب: فيه. (٢) سقط من ط.

(٣) اعتاد كثير ممن يعنون بالحديث والكتابة إطلاق بعض الألفاظ والمصطلحات دون عناية أو تمحيص لما يكتبونه أو يتلفظون به. ومن هذا الصنيع إطلاق بعضهم اسم «الفن»، وإرادة تلك الصنوف من الرفض، والغناء الفاحش، والتصوير الماجن، كما أطلق كثير منهم ومن غيرهم اسم «المشروبات الروحية» على ما حرمه الله من الخمور، واسم «الفائدة» على الربا. وهذا من تسمية الشيء بغير اسمه. =

ويكره الاحتكار، والكلام في الاحتكار في موضعين.

أحدهما: في تفسير الاحتكار، وما يصير به الشخص محتكراً.

= وكلمة الفن تطلق ويراد بها: التطبيق العملي للنظريات العلمية بالوسائل التي تحققها، ويكتسب بالدراسة والدربة. كما تطلق هذه الكلمة على «جملة الوسائل التي يستعملها الإنسان، لإثارة المشاعر والعواطف».

هذا، ولا تشفع النية الحسنة لتبرير حرام، فكم من حسن النية أراد الحق ولم يصبه.

ومهما يكن من أمر فاتقاء الشبهات أسلم لدين المرء وأحوط.

وبعد، فقد أخرج البخاري في صحيحه من حديث أبي مالك الأشعري سمع النبي ﷺ يقول: «ليكونن من أمتي قوم يستحلون الحر، والحرير، والخمر، والمعازف».

وفي الباب أحاديث أخر لا تخلو من كلام، وإنما العمدة في الكلام على تحريم المعازف إنما هو حديث البخاري هذا، ولا يلتفت إلى كلام ابن حزم وأمثاله من الأندلسيين؛ فإن القوم كان مشهوراً في ديارهم كثيرة المغنيين، ولعل صاحبنا أبكر بن العربي كان يعني من غير معازف، وحملنا على هذا وجوب حسن الظن ما استطعنا إلى ذلك سبيلا.

وأما الغناء فقد تكلم فيه كثيرون من بين مانع ومجوز، والصواب التفصيل؛ فإن الجمهور ذهبوا إلى تحريم الغناء مع ألة من آلات الملاهي وبدونها. وذهب أهل المدينة ومن وافقهم من الظاهرية وجماعة من الصوفية إلى الترخيص في السماع، ولو مع العود واليراع. وهم أيضاً استندوا إلى آثار رويت عن بعض السلف.

وأدلة الجمهور منها ما أخرجه ابن أبي شيبة بإسناد صحيح أنه قال في قوله تعالى: ﴿ومن الناس من يشتري لهو الحديث﴾ قال: هو والله الغناء. ومنها ما أخرجه ابن ماجه، وغيره من أصحاب السنن، وإن كانت لا تخلو من مقال.

وهذا النزاع هو في الغناء الذي خالطه آلة من زمار وشبابة، وغيرهما. وأما مجرد الغناء من غير آلة فقد قال الأدفوي في «الإمتاع»: إن الغزالي في بعض تآليف الفقهية نقل الاتفاق على حله، ونقل ابن طاهر إجماع الصحابة والتابعين عليه، ونقل التاج الفزاري وابن قتيبة إجماع أهل الحرمين عليه.

وخلاصة الأمر أن الغناء كلام حسنه حسن وقبيحه قبيح، وقد استمع النبي ﷺ لغناء الجاريتين، ولم ينكر عليهما، بل أنكر على المنكر، وعلم عائشة كيف يغني النساء في أعراس الأنصار، وأخبر أنهم يحبون اللهو، وقال لأنجشة: رفقاً بالقوارير.

أما إذا خالطه آلة من آلات المعزف، فهو ما يحظر شرعاً لما يترتب عليه من ترقيق قلوب الرجال والنساء وميل بعضهم إلى بعض، وغير ذلك من الفتن.

وبعد: فلا يخفى على الناظر أن محل النزاع إذا خرج عن دائرة الحرام لم يخرج عن دائرة الاشتباه، والمؤمنون وقافون عند الشبهات كما شرح به الحديث الصحيح: «ومن اتقى الشبهات فقد استبرأ لعرضه ودينه» ومن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه»، ولا سيما إذا كان مشتملاً على ذكر القدود، والخدود، والجمال، والدلال، والهجر والوصال، ومعاقرة العقار، وخلع العذار والوقار؛ فإن سامع ما كان كذلك لا يخلو عن بلية وإن كان من التصلب في ذات الله على حد يقصر عنه الوصف، وكم لهذه الوسيلة الشيطانية من قتيل دمه مطلول، وأسير بهموم غرامه وهيامه مكبول. نسأل الله السداد والثبات.

والثاني: في بيان حكم الاحتكار[١].

أما الأول: فهو أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع عن بيعه، وذلك يضر بالناس، وكذلك لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه إلى المصر، وذلك المِصْرُ صغيرٌ، وهذا يضر به ـ يكون محتكراً، وإن كان مِصْراً كبيراً لا يضر به لا يكون محتكراً، ولو جلب إلى مصرٍ طعاماً من مكان بعيد وحبسه، لا يكون احتكاراً.

وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنه يكون احتكاراً؛ لأن كراهة الاحتكار بالشراء في المصر والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامة، وقد وجد ههنا.

ولأبي حنيفة (رضي الله عنه) قولُ النبيِّ (عليه السلام): «الجَالِبُ مَرْزُوقٌ» وهذا جالب[٢]؛ ولأن حرمة الاحتكار بحبس المشتري في المصرِ لتعلق حق العامة به، فيصير ظالماً

---

(١) الاحتكار لُغَةً: قال الجوهري: احتكار الطعام جمعه وحبسه، يتربّص به الغلاء، قال: وهو الحُكرة بضم الحاء.
وقال ابن فارس: الحُكْرة حَبْسُ الطعام إرادة غلائه، قال: وهو الحكر. والحكر يعني بفتح الحاء وفتح الكاف وإسكانها.
انظر: تحرير التنبيه ٢٠٨، المصباح المنير (١/ ٢٢٦).
واصطلاحاً:
عرفه الحنفيةُ بأنه: اشتراء طَعَام ونحوه، وحبسه إلى الغَلاَءِ أربعين يوماً.
عرفه الشافعيةُ بأنه: شراء القُوتِ في وقت الغَلاَءِ ليمسكه، ويبيعه بعد ذلك، بأكثر من ثمنه للتضييق حينئذٍ.
عرفه المالكية بأنه: حَبْسُ الطعام إرَادَة الغلاء.
عرفه الحنابلةُ بأنه: أن يشتري القُوتَ للتجارة، ويحبسه ليقلّ ويغلو.
انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٨٢)، نهاية المحتاج (٣/ ٥٧)، شرح الزرقاني على موطأ مالك (٣/ ١٩٩)، كشاف القناع (٢/ ٣٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٢٨) كتاب التجارات: باب الحكرة والجلب حديث (٢١٥٣) والدارمي (٢/ ٢٤٩) كتاب البيوع باب في النهي عن الاحتكار والعقيلي (٣/ ٢٣١ ـ ٢٣٢) والبيهقي (٦/ ٣٠) كتاب البيوع: باب ما جاء في الاحتكار، وفي «شعب الإيمان» (٧/ ٥٢٥) رقم (١١٢١٣) كلهم من طريق علي بن سالم بن ثوبان عن علي بن زيد بن جدعان عن سعيد بن المسيب عن عمر مرفوعاً.
وقال البيهقي: تفرد به علي بن سالم عن علي بن زيد قال البخاري لا يتابع في حديثه.
وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٦٣): هذا إسناد ضعيف لضعف علي بن زيد بن جدعان.
والحديث ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٦١) وزاد نسبته إلى إسحاق بن راهويه والدارمي وعبد بن حميد وأبي يعلى الموصلي في مسانيدهم.
قال السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص ـ ١٧٠): أخرجه ابن ماجه في سننه والحاكم في صحيحه =

بمنع حقِّهم على ما نذكر، ولم يوجد ذلك في المشتري خارج المصر من مكان بعيد؛ لأنه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم، ولكن مع هذا الأَفضلُ له أن لا يفعل ويبيع، لأن في الحبس ضرراً بالمسلمين، وكذلك ما حصل له من ضياعه بأن زرع أرضه فأمسك طعامه، فليس ذلك باحتكار؛ لأنه لم يتعلق به حق أهل المصر، لكن الأَفضل أن لا يفعل ويبيع لما قلنا، ثم الاحتكار يجري في كل ما يضر بالعامة عند أبي يوسف (رحمه الله)، قوتاً كان أو لا، وعند محمد (رحمه الله) لا يجري الاحتكار إِلاَّ في قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت.

وجه قول محمدٍ (رحمه الله) أَن الضرر في الأَعم الأَغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت والعلف؛ فلا يتحقق الاحتكار إِلاَّ به.

وجه قول أبي يوسف (رحمه الله) أن الكراهة لمكان الإِضرار بالعامة، وهذا لا يختص بالقوت والعلف.

وأما حكم الاحتكار فنقولُ يتعلق بالاحتكار أحكام: منها: الحرمةُ؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «المُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ، والجَالِبُ مَرْزُوقٌ»، ولا يلحق اللعن إلا بمباشرة المحرم[1].

وروي عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «مَنِ احْتَكَرَ طَعَاماً أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِىءَ مِنَ اللَّهِ وَبَرِىءَ اللَّهُ مِنْهُ»[2] ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بارتكاب الحرام؛ ولأن الاحتكار من باب الظلم؛ لأن ما بيع في المصر فقد تعلق به حق العامة، فإِذا امتنع المشتري عن بيعه شدة حاجتهم إليه، فقد منعهم حقهم، ومنعُ الحقِّ عن المستحق ظلمٌ، وإِنه حرامٌ، وقليل مدة الحبس وكثيرها سواءٌ في حق الحرمة لتحقق الظلم.

= وإسحاق والدارمي وعبد وأبو يعلى في مسانيدهم والعقيلي في «الضعفاء» من حديث عمر به مرفوعاً وسنده ضعيف.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٣٣) وابن أبي شيبة (٦/ ١٠٤) والحاكم (٢/ ١١ ـ ١٢) والبزار (١/ ١٠٦ ـ كشف) رقم (١٣١١) وأبو يعلى (١٠/ ١١٧) رقم (٥٧٤٦) والدارقطني في «غرائب مالك» كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٦٢) والطبراني في «الأوسط» كما في «المجمع» (٤/ ١٠٣) كلهم من طريق أصبغ بن زيد ثنا أبو بشر عن أبي الزاهرية عن كثير بن مرة الحضرمي عن ابن عمر به.

وسكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبي فضعفه وقال الهيثمي في «المجمع» (٣/ ١٠٣): «وفيه أبو بشر الأملوكي ضعفه ابن معين.

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٣٩٢) رقم (١١٧٤) عن أبيه: هذا حديث منكر وأبو بشر لا أعرفه.

ومنها: أن يؤمر المحتكر بالبيع إزالة للظلم، لكن إنما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله، فإن لم يفعل وأصر على الاحتكار ورفع إلى الإمام مرَّة أخرى وهو مُصِرٌّ عليه، فإن الإمام يَعِظُهُ ويهدده، فإنْ لم يفعل ورفع إليه مرة ثالثة يحبسه ويعزره؛ زجراً له عن سوءِ صنعِهِ، ولا يجبر على البيع.

وقال محمد: يجبر عليه، وهذا يرجع إلى مسألة الحجر على الحر، لأنَّ الجبر على البيع في معنى الحجر.

وكذا لا يسعر؛ لقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء:٢٩] وقوله (عليه الصلاة والسلام): «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبٍ مِنْ نَفْسِهِ»[١] وروي أن السعرَ غَلاَ في المدينة وطلبوا التسعير من رسولِ الله ﷺ فلم يُسَعِّرْ، وقال: «إِنَّ اللَّهَ (تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ) هو المُسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ»[٢].

ومنها: أنه إذا خاف الإمامُ الهلاكَ على أهلِ المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم، فإذا وجدوا ردوا عليهم مثله؛ لأنهم اضطروا إليه، ومن اضطر إلى مال الغير في مخمصة، كان له أن يتناوله بالضمان؛ لقول الله: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة:٣].

وكذا يكره تلقي الركبان إذا كان يضر بأهل المصر؛ لما روى النبي (عليه الصلاة والسلام): «نَهَى عَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ»[٣] ولأن فيه إضراراً بالعامة، فيكره كما يكره الاحتكار.

ويكره خرق الزق[٤] الذي فيه خمرٌ لمسلم عند أبي حنيفة (رحمه الله)، ولو خَرَقَ يَضْمَنُ، وعند أبي يوسف ومحمدٍ: لا يكره ولا يضمن.

وعلى هذا الخلاف كسر آلات الملاهي من البربط[٥] والعود والزمارة ونحوها، والمسألة تعرف في «كتاب البيوع».

رَجُلٌ ابتلع درة[٦] رجل فمات المبتلع، فإن ترك مالاً كانت قيمة الدرة في تركته، وإن لم

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) والمقصود به: أن يستقبل الحضري البدوي قبل وصوله إلى البلد، ويخبره بكساد ما معه كذباً، ليشتري منه سلعته بالوكس، وأقل من ثمن المثل؛ وذلك تغرير محرم. النهاية في غريب الحديث (لقي).

(٥) البربط: العود (من آلات الموسيقى)، ومعناه صدر البط. المعجم الوسيط (بربط).

(٦) الدرة: اللؤلؤة العظيمة الكبيرة. المعجم الوسيط (درر).

يترك مالاً لا يشق بطنه، لأن الشق حرامٌ، وحرمةُ النفسِ أعظم من حرمة المال، وعليه قيمة الدرة؛ لأنه استهلكها وهي ليست من ذوات الأمثال، فكانت مضمونة بالقيمة، فإن ظهر له مال في الدنيا قضى منه، وإلاً فهو مأخوذٌ به في الآخرة.

حاملٌ ماتت فاضطرب في بطنها ولدٌ، فإن كان في أكبرِ الرأي أنه حَيٌّ يشق بطنها؛ لأنا ابتلينا ببليتين فنختار أهونهما، وشق بطن الأم الميتة أهون من إهلاك الولد الحي.

رَجُلٌ له ورثةٌ صغار فأراد أن يوصي، نظر في ذلك؛ فإن كان أكبر رأيه أنه تقع الكفارة لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك، فالوصية بالثلث أفضلُ؛ لأن فيه رعاية الجانبين.

وإن كان أكبر رأيه أنه لا تقع الكفاية لهم إلاً بكل المتروك، فالمتروك لهم أفضل من الوصية؛ لما روي أن سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه) سأل رسولَ الله ﷺ فقال: بكم وصى الرجلُ من ماله؟ فقال (عليه الصلاة والسلام): «بِالثُّلُثِ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[1] لأن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس.

رجلٌ رَأىٰ رَجُلاً قتل أباه وادعى القاتل أنه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيئاً، وسع الابن أَنْ يقتله؛ لأنه عاين السبب الموجب للقصاص في الأصل، وهو القتل العمد؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «العَمْدُ قَوَدٌ إلاَّ أَنْ يُعْفَىٰ أَوْ يُفادىٰ»[2] والقاتل يدعي أمراً عارضاً؛ فلا يسمع إلاً بحجة.

وكذلك إذا أقر بالقتل في السر، ثم ادعى أنه قتله بقصاص أو بردة، كان الابن في سعة من قتله؛ لأن الإقرار بالقتل العمد إقرار بالسبب الموجب للقصاص في الأصل على ما بينا، ولو لم يعاين القتل ولا أقر به عنده، ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الإقرار به، لم يسعه قتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما، فرقاً بين الإقرار وبين الشهادة.

ووجه الفرق بينهما ظاهرٌ؛ لأن الشهادة ليست بحجة بنفسها، بل بقضاء القاضي لما فيها من تهمة جر النفع، فلا تندفع التهمة إلاً بقضاء القاضي.

فأما الإقرار فحجة بنفسه؛ إذ الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه، فهو الفرق، وكذلك يحل لمن عاين القتل أو سمع إقراره به أن يعين الولي على قتله؛ لأنه إعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهراً.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة، فإن كانا ممن يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده، لا ينبغي للابن أن يعجل بالقتل، لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما، فيتبين أنه قتله بغير حق، والامتناع عن المباح أَوْلَى مِن ارتكاب المحظور، وإن كانا ممن لا يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده كالمحدودين في القذف والنساء وحدهن، كان في سعة من قتله لما ذكرنا أن الشهادة ليست بحجة بنفسها، بل بقضاء القاضي؛ فإن كانت ممن لا يتصل بها القضاء، كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة، ولكن مع هذا إن توقف في ذلك فهو أفضل، لاحتمال اتصال القضاء به في الجملة، أو لاحتمال أن يكون صدقاً حقيقة عندالله (عزَّ وجلَّ).

ولو شهد عنده رجلٌ واحدٌ عدلٌ غير محدودٍ في القذف، ينبغي أن يتوقف في القتل؛ لجواز أن ينضم إليه شاهد آخر، ولهذا لو شهد عند القاضي لتوقف أيضاً، فكان الانتظار أفضل، ولو لم ينتظر واستعجل في قتله كان في سعة منه؛ لأن الموجود أحد شطري الشهادة، وأنه لا يعتبر بدون الشطر الآخر.

ولو عاين الوارث رجلاً أخذ مالاً من أبيه، أو أقر عنده أنه أخذ مالاً من أبيه وادعى أنه كان وديعة له عند أبيه، أو كان دَيْناً له عليه اقتضاه منه ـ وسعه أن يأخذه منه؛ لأنه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الأَصل وهو الأَخذ، لأَن الأَخذ في الأَصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ، وهو رد عينه إن كان قائماً، ورد بدله إن كان هالكاً؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[1] ودعوى الإبداع والدين أمرٌ عارضٌ، فلا يسمع إلا بحجة، وله أنْ يَأْخُذَهُ منه.

ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ»[2] وكذا إذا أقر بذلك؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا، فله أن يأخذه منه.

وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع إقراره أن يعينه على الأخذ منه؛ لكونه إعانة على استيفاء الحق ظاهراً، ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده أَنَّ هذا الشيءَ الذي في يدِ فلان ملكُ ورثته عن أبيك، لا يسعه أخذه منه حتى يقضي القاضي، بخلاف الإقرار، وقد مَرَّ الفرق بينهما في فصل القتل، والله (عزَّ وجلَّ) أعلم.

وأما الذي ثبت حرمته في حق الرجال دون النساء فثلاثة أنواع:

منها: لبس الحرير المصمت من الديباج والقز؛ لما روي أنَّ رسول الله ﷺ خرج

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

وبإحدى يديه حريرٌ، وبالأخرى ذهبٌ، فقال: «هَذَانِ حَرَامَانِ عَلَىٰ ذُكُورِ أُمَّتِي حِلٌّ لإِنَاثِهَا»[١].

وروي أن رسولَ الله ﷺ أعطى سيدنا عمر (رضي الله عنه) حلة فقال: يا رسول الله، كسوتني حلةً، وقد قلت في حلة عطارد إنما يَلْبَسُهُ مَنْ لا خَلاقَ لَهُ في الآخرة، فقال رسولُ الله ﷺ: «إِنِّي لَمْ أَكْسُكَهَا لِتَلْبِسَهَا»[٢] وفي رواية: «إِنَّمَا أَعْطَيْتُكَ لِتَكْسُوَ بَعْضَ نِسَائِكَ».

فإن قيل: أليس روي أن رسول الله ﷺ خرج وعليه قباء من ديباج، قيل: نعم، ثم نسخ؛ لما روي عن أنس (رضي الله عنه) أنه قال: لبس رسولُ اللَّهِ ﷺ جبةَ حريرٍ أَهْدَاهَا له أكيدر رومة، وذلك قبل أن ينهى عنه كذا؛ قال أنسٌ؛ وهذا في غير حالِ الحربِ[٣].

وأما في حال الحرب فكذلك عند أبي حنيفة.

وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يكره لبس الحرير في حال الحرب.

وجه قولهما: أن في لبس الحرير في حال الحرب ضرورة؛ لأَنه يحتاج إلى دفع ضرر السلاح عنه، والحرير أدفع له وأهيب للعدو، وأيضاً فرخص للضرورة.

ولأبي حنيفة (رضي الله عنه) إطلاق التحريم الذي روينا من غير فصلٍ بين حال الحرب وغيرها، وما ذكراه من الضرورة يندفع بلبس ما لحمته حرير وسداه غير حريرٍ، لأَن دفع ضرر السلاح وتهيب العدو يحصل به، فلا ضرورة إلى لبس الحرير الخالص، فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة، ولا فرق بين الكبير والصغير في الحرمة بعد أَن كان ذكراً؛ لأَنَّ النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) أدار هذا الحكم على الذكورة؛ بقوله (عليه الصلاة والسلام): «هٰذَانِ حَرَامَانِ عَلَىٰ ذُكُورِ أُمَّتِي» إلاَّ أن اللابس إذ كان صغيراً فالإِثم على من ألبسه لا عليه؛ لأَنه ليس من أهل التحريم عليه؛ كما إِذا سُقي خمراً فشربها، كان الإِثم على الساقي لا عليه؛ كذا ههنا.

هذا إذا كان كله حريراً وهو المصمت؛ فإن كانت لحمته حريراً وسداه غير حريرٍ لا يكره لبسُهُ في حالِ الحربِ بالإِجماع؛ لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتهييب العدو، فأما في غير حال الحرب فمكروهٌ؛ لانعدام الضرورة، وإن كان سداه حريراً ولحمته غير حريرٍ لا يكره في حالِ الحرب وغيرها، وههنا نكتتان:

إحداهما: أنَّ الثوبَ يصير ثوباً للحمة؛ لأنه إنما يصير ثوباً بالنسج، والنسجُ تركيب اللحمة بالسدي، فكانت اللحمة كالوصف الأخير، فيضاف الحُكْمُ إِليه، وهذه النكتةُ تقتضي إِباحة لبس الثياب العتابي.

---

(١) تقدم. (٢) تقدم.

(٣) تقدم.

والنكتة الثانية وهي نكتةُ الشيخ أبي منصور أَن السدى[١] إِذا كان حريراً واللحمة[٢] غير حريرٍ يَصِيرُ السدى مستوراً باللحمة، فأشبه الحشو[٣]، وهذه النكتة تقتضي أَنْ لا يباح لبس العتابي؛ لأَن سداه ظاهرٌ غير مستور.

والصحيحُ هو النكتة الأُولى؛ لأَن رواية الإِباحة في لبس مطلق ثوبٍ سداه حرير ولحمته غير حرير منصوصةٌ، فتجري على إِطلاقها، فلا تناسبها إلا النكتة الأولى، ولو جعل حشو القباء حريراً أو قزاً لا يكره؛ لأَنه مستور بالظهارة، فلم يحصل معنى التزين والتنعم.

أَلاَ ترى[٤] أن لابس هذا الثوب لا يسمى لابس الحرير والقز، ولو جعل الحرير بطانة يكره؛ لأنه لابس الحرير حقيقةً؛ وكذا معنى التنعم حاصل للتزين بالحرير ولطفه، هذا إذا كان الحرير كثيراً، فإن كان قليلاً كأعلام الثياب والعمائم؛ قدر أربعة أصابع فما دونها، لا يكره؛ وكذا العلم المنسوخ بالذهب؛ لأنه تابع والعبرة للمتبوع.

أَلاَ تَرَى أن لابسه لا يسمى لابس الحرير والذهب، وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الأعصار من غير نكيرٍ فيكون إِجماعاً؛ وكذا الثوب والقلنسوة الذي جعل على أطرافها حريرٌ، لا يكره إذا كان قدر أربعة أصابع فما دونها؛ لما قلنا.

ورُوِيَ أَنَّ النبيَّ ﷺ لبس فروةً وعلى أطرافها حريرٌ.

وعن محمدٍ أنه لا يسغ ذلك في القلنسوة، وإِن كان أقل من أربعة أصابع، وإِنا رخص أبو حنيفة (رضي الله عنه) إذا كان في عرض الثوب.

وذكر في نوادر هشام عن محمدٍ (رحمه الله) أنه يكره تكة الديباج والإِبريسم؛ لأنه استعمال الحرير مقصوداً لا بطريق التبعية فيكره، وإِن قل بخلاف العلم ونحوه، هذا الذي ذكرنا حُكْمُ لبس الحرير.

فأما حكم التوسُّد به والجلوس والنوم عليه ـ فغيرُ مكروهٍ عند أبي حنيفة (عليه الرحمة).

وعند أبي يوسف ومحمدٍ: مكروهٌ.

لهما: إطلاق التحريم الذي روينا من غير فصلٍ بين اللبس وغيره؛ ولأن معنى التزين والتنعم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسدِ والجلوسِ والنوم.

(١) السَّدَى: هو ما يمد طولاً في النسيج. الواحدة: سداة المعجم الوسيط (سدى).
(٢) اللحمة: خيوط النسج العرضية يلحم بها السَّدَىٰ المعجم الوسيط (لحم).
(٣) في ب: الخز. (٤) في ط: يرى.

ولأبي حنيفة ما روي أنه كان على بساط عبد الله بن عباس (رضي الله عنهما) مرفقة من حريرٍ.

وروي أن أنساً (رضي الله عنه) حضر وليمةً، فجلس على وسادةِ حريرٍ عليها طيورٌ، فدل فعلُهُ (رضي الله عنه) على رخصة الجلوس على الحريرِ وعلى الوسادة الصغيرةِ التي عليها صورةٌ، وبه تبين أن المراد من التحريم في الحديث تحريم اللبس، فيكون فعلُ الصحابي مبيناً لقولِ النبيِّ ﷺ لا مخالفاً له.

والقياس باللبس غير سديدٍ؛ لأن التزين بهذه الجهات دون التزين باللبس؛ لأنه استعمالٌ فيه إهانة المستعمل؛ بخلاف اللبس فيبطل الاستدلال به.

وأما المرأةُ فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباج والقز؛ لأن النبي ﷺ أحل هذا للإناثِ؛ بقوله (عليه الصلاة والسلام): «حِلٌّ لِإِنَاثِهَا».

ومنها: الذهب، لأن النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) جمع بين الذهب وبين الحرير في التحريم على الذكور؛ بقوله (عليه الصلاة والسلام): «هَذَانِ حَرَامَانِ عَلَىٰ ذُكُورِ أُمَّتِي»[1] فيكره للرجل التزين بالذهب كالتختم ونحوه ولا يكره للمرأة؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «حِلٌّ لِإِنَاثِهَا»[2].

وروي عن النعمان بن بشير (رضي الله عنه) أنه قال: اتخذتُ خاتماً من ذهبٍ فدخلت على سيدنا رسولِ الله ﷺ فقال: «مَا لَكَ اتَّخَذْتَ حُلِيَّ أَهْلِ الجَنَّةِ قَبْلَ أَنْ تَدْخُلَهَا»؟ فرميت ذلك، واتخذت خاتماً من حديد، فدخلت عليه فقال: «مَا لَكَ اتَّخَذْتَ حُلِيَّ أَهْلِ النَّارِ»؟ فاتخذتُ خاتماً مِن نحاسٍ، فدخلت عليه فقال: إني أَجِدُ منك ريح الأَصنام، فقلتُ كيف أصنعُ يا رسولَ اللَّهِ؟ فقال (عليه الصلاة والسلام): «اتَّخِذْهُ مِنَ الوَرِقِ، وَلاَ تَزِدْ عَلَى المِثْقَالِ»[3].

والأصل أن استعمال الذهب فيما يرجع إلى التزين مكروهٌ في حق الرجل دون المرأة لما قلنا، واستعماله فيما ترجع منفعته إلى البدن مكروهٌ في حق الرجل والمرأة جميعاً، حتى يكره الأكل والشرب والادِّهان والتطيب من مجامرِ الذهب للرجل والمرأة؛ لقول النبي (عليه الصلاة

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) ذكره الهندي في «كنز العمال» (١٧٢٩٣) عن بريدة وعزاه لابن أبي شيبة وذكره أيضاً برقم (١٧٤٠٥) من حديث علي وعزاه للمخلص في حديثه.

والسلام): «إِنَّ الَّذِي يَشْرَبُ مِنْ آنِيَةِ الفِضَّةِ إِنَّمَا يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ»[١] ومعلومٌ أن الذهب أشد حرمة من الفضة.

ألا ترى[٢] أنه رخص (عليه الصلاة والسلام) التختم بالفضة للرجال ولا رخصة في الذهب أصلاً، فكان النص الوارد في الفضة وارداً في الذهب دلالة من طريق الأولى؛ كتحريم التأفيف مع تحريم الضرب والشتم؛ وكذلك الاكتحال بمكحلة الذهب أو بميل من ذهب مكروه للرجل والمرأة جميعاً؛ لأن منفعته عائدة إلى البدن، فأشبه الأكل والشرب.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٩٢٤) كتاب صفة النبي ﷺ باب النهي عن الشراب في آنية الفضة حديث (١١) والبخاري (١٠/ ٩٨) كتاب الأشربة: باب آنية الفضة حديث (٥٦٣٤) ومسلم (٣/ ١٦٣٥) كتاب اللباس والزينة: باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة حديث (١)، وابن ماجه (٢/ ١١٣٠) كتاب الأشربة: باب الشرب في آنية الفضة حديث (٣٤١٣) والدارمي (٢/ ١٢١) كتاب الأشربة: باب الشرب في المفضض، وأحمد (٦/ ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٤، ٣٠٦) والطيالسي (١٦٠١) كلهم من طريق نافع عن زيد بن عبد الله بن عمر عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال: الذي شرب في آنية الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم.
وللحديث شواهد من حديث عائشة وابن عباس وابن عمر.
حديث عائشة:
أخرجه ابن ماجه (٢/ ١١٣٠) كتاب الأشربة: باب الشرب في آنية الفضة حديث (٣٤١٥) وأحمد (٦/ ٩٨) من طريق نافع عن امرأة ابن عمر عن عائشة عن رسول الله ﷺ قال: «من شرب في إناء فضة فكأنما يجرجر في بطنه نار جهنم».
قال البوصيري في «الزوائد» (٣/ ١١٠): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.
حديث ابن عباس:
أخرجه أبو يعلى (٥/ ١٠١ ـ ١٠٢) رقم (٢٧١١) من طريق محمد بن يحيى ثنا سليم بن مسلم المكي ثنا نصر بن عربي عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه ناراً» وقال الهيثمي في «المجمع» (٥ ـ ٨٠): رواه أبو يعلى والطبراني في الثلاثة وفيه محمد بن يحيى بن أبي سحينة وثقه أبو حاتم وابن حبان وغيرهما وفيه كلام لا يضر وبقية رجاله ثقات.
قلت: ومحمد بن يحيى ليس في إسناد الطبراني فقد أخرجه في «الصغير» (١/ ١١٥) من طريق محمد بن بحر ثنا سليم بن مسلم به. وقال: تفرد به محمد بن بحر. قلت: وفيه نظر فقد رواه محمد بن يحيى أيضاً كما تقدم.
حديث ابن عمر:
أخرجه الطبراني في «الصغير» (١/ ٢٠٤) من طريق العلاء بن برد بن سنان عن أبيه عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من شرب في إناء من ذهب أو إناء من فضة فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم».
قال الطبراني: لم يروه عن برد إلا ابنه العلاء.

(٢) في ط: يرى.

وأما الإِناء المضبب[١] بالذهب، فلا بأس بالأكل والشرب فيه عند أبي حنيفة (رضي الله عنه)، وهو قول محمد ذكره في «الموطأ»، وعند أبي يوسف: يُكْرَهُ.

وجه قول أبي يوسف أن استعمال الذهب حرامٌ بالنص، وقد حصل باستعمال الإِناء فيكره، وجه قولهما أَنَّ هذا القدر من الذهب الذي عليه هو تابعٌ له، والعبرة للمتبوع دون التابع، كالثوب المعلم والجبة المكفوفة بالحرير، وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضبب والكرسي والسرج واللجام والركاب والنفر المضببة؛ وكذا المصحف المضبب على هذا الخلاف؛ وكذا حلقة المرأة إذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهبٍ على هذا الاختلاف.

وأما السيفُ المضببُ والسكين فلا بأس به بالإِجماع، وكذلك المنطقة المضببة لورود الآثار بالرخصة بذلك في السلاح، ولا بأس بشدِّ الفص بمسمار الذهب، لأنه تبعٌ للفص، والعبرةُ للأصل[٢] دون التبع؛ كالعلم للثوب ونحوه.

وأما شد السن المتحرك بالذهب، فقد ذكر الكرخي (رحمه الله) أنه يجوز ولم يذكر خلافاً، وذكر في الجامع الصغير أنه يكره عند أبي حنيفة، وعند محمد (رحمهما الله) لا يكره، ولو شدها بالفضة لا يكره بالإِجماع، وكذا لو جذع أنفه فاتخذ أنفاً من ذهبٍ لا يكره بالاتفاق؛ لأن الأَنف ينتن بالفضة، فلا بد من اتخاذه من ذهب، فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمته.

وقد روي أن عرفجةَ أصيبَ أنفُهُ يَوْمَ الكلابِ، فاتخذ أنفاً من وَرِقٍ، فأنتن، فأمره سيدنا رسولُ الله ﷺ أَنْ يتخذ أنفاً من ذهب، وبهذا الحديث يحتج محمد على ما ذكر في الجامع؛ لجواز تضبيب السن بالذهب، ولأنه يباح له أن يشده بالفضة فكذا بالذهب، لأنهما في حرمة الاستعمال على السواء؛ ولأنه تبع للسن، والتبعُ حُكْمُهُ حُكْمُ الأَصلِ، وهذا يوافق أصل أبي حنيفة (رضي الله عنه).

وحجة ما ذكر أبو حنيفة (رضي الله عنه) في الجامع إطلاق التحريم من غير فصل، ولا يرخص مباشرة المحرم إِلاَّ لضرورة، وهي تندفع بالأَدنى وهو الفضة، فبقي الذهب على أصل التحريم، والاستدلال بالفضة غير سديدٍ لتفاوت بين الحرمتين على ما مَرَّ.

ولو سقط سِنُّهُ يكره أَنْ يأخذ سن ميت فيشدها مكان الأُولى بالإِجماع وكذا يكره أن يعيد تلك السن الساقطة [إلى][٣] مَكَانِهَا عند أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله)، ولكن يأخذ سِنَّ شاةٍ ذكية فيشدها مَكَانَهَا.

---

(١) المضبب: المُلْبَسُ ضَبَّة من ذهب.

(٢) في ب: للمتبوع.

(٣) سقط من ط.

وقال أبو يوسف (رحمه الله): لا بأس بسنِّهِ، ويكره سن غيره، قال: ولا يشبه سنة سن ميت، استحسنُ ذلك، وبينهما عندي فصل، ولكن لم يحضرني.

ووجه الفصل له من وجهين:

أحدهما: أن سن نفسه جزء منفصل للحال عنه، لكنه يحتمل أن يصير متصلاً في الثاني؛ بأن يلتئم فيشتد بنفسه فيعود إلى حالته الأُولى، وإعادةُ جزء منفصلٍ إلى مكانه ليلتئم جائزٌ كما إذا قطع شيء من عضوه فأعاده إلى مكانه، فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك.

والثاني: إن استعمال جزء منفصل عن غيره من بني آدم إهانة بذلك الغير، والآدمي بجميع أجزائه مكرمٌ، ولا إهانة في استعمال جزء نفسه في الإعادة إلى مكانه.

وجه قولهما أَنَّ السنَّ من الآدمي جزء منه، فإذا انفصل استحق الدفن ككله، والإعادةُ صرفٌ له عن جهة الاستحقاق، فلا تجوز، وهذا لا يوجب الفصل بين سنة وسن وغيره.

ومنها: الفضة، لأن النص الوارد بتحريم الذهب على الرجالِ يكون وارداً بتحريم الفضة، دلالةً، فيكره للرجال استعمالها في جميع ما يكره استعمال الذهب فيه إلا التختم به إذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال، ولا يزيد على المثقال؛ لما روينا من حديث النعمان بن بشير (رضي الله عنهما)؛ وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من الفضة لما مر؛ وما لا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال الفضة من طريق الأَولى؛ لأنها أخف حرمة من الذهب، وقد ذكرنا جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نعيده.

وأما التختمِ بما سوى الذهب والفضة من الحديد والنحاس والصفر، فمكروه للرجال والنساء جميعاً، لأنه زي أهل النار لما روينا من الحديث.

وأما الأَواني المموهة بماء الذهب والفضة الذي لا يخلص منه شيء، فلا بأس بالانتفاع به في الأَكل والشرب؛ وغير ذلك؛ بالإِجماع؛ وكذا لا بأس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف المموه، لأَنَ التمويه ليس بشيء، ألا يرى أنه لا يخلص والله (سبحانه وتعالى) أعلمُ بالصوابِ.

كِتَابُ البُيُوعِ[1]

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في مواضع:

---

(١) البيع معناه لُغَةً: مقابلة شيء بشيء، على وجه المُعَاوَضَةِ، فيدخل فيه ما لا يصحّ تملكه كاختصاص، وما إذا لم تكن صيغة، وخرج بوجه المعاوضة ردّ السلام في مقابلة ابتدائه، فيطلق على مطلق المعاوضة قال الشاعر: [البسيط]

مَا بَعْدُ مُهْجَتِي إلاَّ بِوَصْلِ ... ولا أسلمها إلا يداً بِيَدِ
فإن وفيتم بما قلتم وفيت أنا ... وإن غدرتم فإن الرهن تحت يدي

ولفظه في الأصل مصدر، فلذا أفرد، وإن كان تحته أنواع، ثم صار اسماً لما فيه مقابلة، ثم هو مصدر باع.

قال صاحب «المختار»: «باع الشيء يبيعه بيعاً» و(بيعاً) شراءه، وهو شاذ، وقياسه مباعاً، و(باعه) اشتراه، فهو من الأضداد، وفي الحديث: «لاَ يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، ولاَ يَبِع عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ» أي: لا يشتر على شراء أخيه؛ لأن النّهي وقع على المشتري لا على البائع والشيء (مَبِيع) و(مَبْيُوعَ) مثل: مَخِيط ومَخْيوط، ويقال للبائع والمشتري: (بَيّعان) بتشديد الياء، و(أَبَاع) الشيء عَرَضَهُ للبيع و(الابياع) الاشتراء، ويقال: (بِيع) الشيء على ما لم يسم فاعله بكسر الباء ومنهم من يقلب الياء واواً فيقول: (بُوْعَ) الشيء.
ينظر: لسان العرب (٨/ ٢٣)، الصحاح (٣/ ١١٩٨)، المغرب (٦/ ٥٦)، المصباح المنير (١/ ١١٠).

واصْطِلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: مُبَادَلَةُ المَالِ بالمال بالتراضي.

عرفه الشّافعية بأنه: عَقْد يتضّمن مقابلة مال بمال بشرطه لاستفادة ملك عين، أو منفعة مؤبدة.

عرفه المالكية: بأنه دفع عوض في معوض، وبتعريف آخر: هو عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة.

عرفه الحنابلة بأنه: مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً.

انظر: كشف القناع (٣/ ١٤٦)، فتح القدير (٦/ ٢٤٦)، الاختيار (٣)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٧٢)، مغني المحتاج (٢/ ٢)، مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢)، شرح الخرشي (٥/ ٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢)، المغني (٣/ ٥٦٠).

«حكمة مشروعية البيع» لا يخفى على المستبصر أن مشروعية البيع من أَهَم دواعي الحياة، وأسمى وسائل العمران، وأصل سبيل الاستعمار، إذ عليه تدور رحى الحياة، وعلى قوائمه تحمل عروس الانتظامات والقوانين، وبه تبادل المنافع بين المالكين، كيف لا ولولا البيع، وما يتعلق به من الإجارة، والقرض، والرهن ما استقام نظام، ولا حصلت راحة بين الأنام، ولولاه ما انشق الكون، وانتظمت المعيشة الدنيوية، وسهلت طرق المرافق =

في بيان ركن البيع.

= الحيوية، فبالبيع ظهرت مدنية الإنسان قال حكيم: «الإنسان مدني بالطبع» يعني كل فرد من أفراد المجموع الإنساني محتاج إلى أفراده في ضرورة تبادل منافعه، وضروريات حاجيات احتياج الكل إلى أجزائه، والفرس إلى قوائمه، والسقف إلى حائط، فتجد الزراع مثلاً محتاجين إلى آلة بها الحرث، وهي بالضرورة مركبة من الخشب والحديد، فتجدهم قد احتاجوا إلى الحداد والنجار، وعند ما تنظر إليهم تجدهما قد احتاجا إلى الأكل، فيدفعان بضرورة الاحتياج إلى من احتاج إليهما أولاً، وهو الزَّارع، وعند ما تنظر نظرة بسيطة تجد الزراع والنجار، والحداد قد انصرفوا في ستر أجسامهم إلى الحائك، وهكذا كل محتاج إلى الآخر «سُنَّةُ اللَّهِ في خَلْقِهِ ولَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ بَديلاً».

ولما كان كثير من الناس يرغب في شيء، وعن شيء، فلا يجد من يعامله اضطروا إلى الاصطلاح على جواهر معدنية، تبقى زماناً طويلاً تكون المعاملة بها أمراً مسلماً عندهم:

ولما كان الذهب والفضة، صغيري الحجم متماثلي الأفراد، عظيمي النفع يتأتى التجمل بهما كانا نقدين بالطبع، وغيرهما نقداً بالاصطلاح.

ثم من لطيف حكمة الباري جل شأنه أن جعل في كل مبادلة أشياء، عاقدين وعوضين وشيئاً يكون فطنة ظاهرة، لرضا العاقدين، وشيئاً يكون قاطعاً تنازعها موجباً للعقد بالنسبة إليهما ـ وشرط في كل واحد من هذه الأشياء التي بها يتحقق العقد شروطاً، وإلا كان العقد عبثاً أو مرعياً فيه فائدة ضمنية كالربا.

فإذا ما باع الإنسان، واشترى على الطريقة التي بينها الشرع الشريف، أفاد واستفاد، وأمكنه أن ينمي أمواله التي هي زينة الحياة الدنيا، كما قال: ﴿المَالُ والْبَنُون زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾.

كيف وأي بيان للبيع بعد بيان الله له بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، فهو من الأمور الظاهرة فوائدها الباهرة آثارها، الساطعة أنوارها الكثيرة منافعها، فلذا أحل الله البيع وحرَّم الربا، لسدِّ باب المفسدة على العباد، وعدم أكل الشخص مال أخيه ظلماً.

لأنه كلما تأخَّر الدين ربا ما عليه، وزاد، حتى يستغرق جميع ما عنده من العروض، وما يملك من المزارع، فيستولي عليه المرابي، ويأخذه بغير حق ظلماً وطمعاً، نعم يأكل مال أخيه المسلم من غير فائدة عادت عليه، ولا ثمرة من المال ردت إليه، ولا انتفع إلا بالخسارة، وذهاب ما عنده من العروض والتجارة، وأنت تعلم ما دفعه إلا العوز، ولا دعاه إلا الاحتياج؛ لكن بالبيع أمكن، ويمكنه أن يتحاشى هذا الضرر، ويتجنب البؤس ويعيش عيشة راضية؛ ولذلك أحل الله البيع وحرم الربا، وشدد النكير على فاعليه في كتابه الأقدس فقال: ﴿يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾. وقال: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا ويُرْبِي الصَّدَقَاتِ﴾ وقال: ﴿يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وذَرُوا مَا بَقِيَ مِن الرِّبَا إنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذِنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾ فقد شدّد النكير على فاعليه وَهَدَّدَهُمْ بالحرب إن لم ينتهوا؛ ولذلك قال رسول الله ﷺ: «اثنان يُحَارِبُهُمَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ: آكِلُ الرِّبَا وَعَاقٌ وَالِدَيْهِ». ثم من لطف رفق الله بالمتعاقدين أيضاً أنه جعل لهما الخيار؛ لدفع المضرة، وسهولة المعاملة، حتى لا يجحف أحد المتعاقدين؛ إذ ربما يجد في البيع عيباً باطناً لا يتنبه له إلا بالرؤية والإمعان والفكرة، فجعل لهما الخيار، لكي يتمكنا من التنقيب والتفتيش.

(وبالجملة): فالبيع عنوان الوفاق، ورائد الرشاد، والركن الركين الذي تنبني عليه مصالح عزيزة، تعود على الإنسان بالخير والفضل في الدنيا والسعادة في الآخرة.

وفي بيان شرائط الركن.

٣/ ٦٤ أ

وفي بيان / أقسام البيع.

وفي بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها.

وفي بيان حكم البيع.

وفي بيان ما يرفع حكم البيع.

أما ركن البيع فهو: مبادلةُ شيءٍ مرغوب [بشيء مرغوب][1] وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل، أما القول فهو المسمى بالإِيجاب والقبول في عرف الفقهاء، والكلام في الإِيجاب والقبول في موضعين:

أحدهما: في صيغة الإِيجاب والقبول.

والثاني: في صفة الإِيجاب والقبول.

أما الأول فنقول: وبالله التوفيق: الإِيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي وقد يكون بصيغة الحال.

أما بصيغة الماضي فهي أن يقولَ البائع بعتُ[2] ويقولُ المشتري اشتريتُ، فيتم الركن؛ لأن هذه الصيغة، وإِن كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع؛ وكذا إذا قال البائع: خُذْ هذا الشيء بكذا أو أعطيتكه بكذا، أو هو لك بكذا، أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري قبلتُ أو أخذتُ أو رضيتُ أو هويت ونحو ذلك؛ فإِنه يتم الركن؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع، وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة.

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال ابن قتيبة وغيره يقال: بعت الشيء بمعنى بعته وبمعنى شربته. ويقال شربت بمعنى شربته وبعته وأكثر الاستعمالات بعته إذ أزلت الملك عنه بالمعاوضة، واشتريته إذا تملكته بها قال الأزهري: العرب تقول بعت بمعنى بعت ما كنت تملكته وبعت بمعنى اشتريت قال وكذلك شريت بالمعنيين قال وكل واحد مبيع؛ لأن الثمن والمثمن كل منهما مبيع. وقال بعته أبيعه فهو مبيع، ومبيوع، كمخيط، ومخيوط قال الخليل المحذوف من مبيع واد مفعول؛ لأنها زائدة فهي بالحذف أولى. قال الأخفش: المحذوف الكلمة. قال المازني كلاهما حسن. وقول الأخفش أقيس. والابتياع الاستقراء. وبايعت وتبايعا واستبيعته سألته أن يبيعني. وأبعت الشيء عرضة للبيع وبيع الشيء بكسر الباء وضمها، والكسر أفصح. وبوع بضم الباء لغة فيه وأما الشراء ففيه لغتان مشهورتان (أفصحهما) المد (والثانية) القصر فمن مد كتبه بالألف، وإلا فبالياء وجمعته أشربة وهو جمع نادر، ويقال شريت الشيء اشتريته شرياً إذا بعته وإذا اشتريت قال تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ وقال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾.

وأما صيغة الحال فَهِيَ أن يقول البائع للمشتري: أبيعُ منك هذا الشيء بكذا، ونوى الإِيجاب، فقال المشتري: اشتريت أو قال المشتري اشترى منك هذا الشيء بكذا، ونوى الإِيجاب، وقال البائع [بعت، أو قال البائع:][١] أبيعه منك بكذا، وقال المشتري: اشتريه، ونويا الإِيجاب - يتم الركن، وينعقد، وإنما اعتبرنا النية ههنا؛ وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح، لأنه غلب استعمالها للاستقبال، إما حقيقة أو مجازاً، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية، ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق، بأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء بكذا أو أبعته مني بكذا، فقال البائع: بعتُ، لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريتُ.

وكذا إذا قال البائع للمشتري: اشترِ مني هذا الشيء بكذا، فقال اشتريت؛ لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت.

وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر، بأن يقول المشتري للبائع: بعد عبدك هذا مني بكذا، فيقول البائع بعت؟ قال أصحابنا (رحمهم الله): لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت، وكذا إذا قال البائع للمشتري: اشترِ مني هذا الشيء بكذا، فقال [المشتري][٢] اشتريت لا ينعقد ما لم يقلِ، البائع بعتُ عندنا، وقال الشافعي (رحمه الله): ينعقد.

وجه قوله أَن هذه الصيغة تصلح شطر العقد في الجملة، ألا ترى أن من قال لآخر تزوج ابنتي، فقال المخاطب تزوجتُ، أو قال: زَوِّج ابنتَكَ منِّي، فقال: زوَّجتُ، ينعقد النكاح، فإذا صلحت هذه الصيغة شطراً في النكاح، صلحت شطراً في البيع، لأَن الركن في كل واحد منهما هو الإِيجاب والقبول.

ولنا أن قوله: بع أو اشتر، طلب الإِيجاب والقبول، وطلب الإِيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً، فلم يوجد إلا أحد الشطرين، فلا يتم الركن؛ ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام؛ لكون الاستفهام سؤال الإِيجاب والقبول، لا إيجاباً وقبولاً، كذا هذا، وهذا هو القياس في النكاح إلا أَنا استحسنا في النكاح بنص خاص، وهو ما روى أبو يوسف أن بلالاً خطب إلى قوم من الأَنصار فأبوا أن يزوجوه فقال: لولا أَنَّ رسولَ الله ﷺ أمرني أنْ أخطبَ إليكم لم أخطُب، فقالوا له: أملكت، ولم ينقل أن بلالاً (رضي الله عنه) قال: قبلتُ، فتركنا القياس هنا بالنص، ولا نص في البيع[٣]، فوجب العمل بالقياس، ولأَن هذه الصيغة مساومة حقيقة، فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة، بل هي طلب الإِيجاب والقبول، فلا بد للإِيجاب والقبول من لفظ آخر يَدُلُّ عليهما، ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح؛ لأن المساومة

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: الضرع.

لا توجد في النكاح عادة، فحملت على الإِيجاب والقبول على أن الضرورة تُوجب أن يكون قول القائل: زَوِّج ابنتك مني، شطر العقد، فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولي؛ لجواز أن يزوج ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين، فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء، وهذا المعنى في باب البيع منعدم، فبقيت سؤالاً، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر.

وأما صفة الإِيجاب والقبول: فهو أَنَّ أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر، فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر، حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين[(١)] فللآخر خيار القبول، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر، لما روي عن أبي هريرة، عن النبيﷺ أنه قال: «البَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا عَنْ / بَيْعِهِمَا»[(٢)] والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبولِ وخيار الرجوع؛ ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر، وهذا لا يجوز. ٣/ ٦٤ ب

وأما المبادلة بالفعل: فهي التعاطي، ويسمى هذا البيع بيع المراوضة، وهذا عندنا.

وقال الشافعي (رحمه الله): لا يجوز البيع بالتعاطي[(٣)]، لأن البيع في عرف الشرع كلام إيجاب وقبول، فأما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعاً.

---

(١) في أ: المتعاقدين.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦٧١): كتاب البيوع باب بيع الخيار، الحديث (٧٩)، وأحمد (١/ ٥٦)، والبخاري (٤/ ٣٢٨)، كتاب البيوع: باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (٢١١١)، ومسلم (٣/ ١١٦٣)، كتاب البيوع: باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، الحديث (٤٣/ ١٥٣١)، وأبو داود (٣/ ٧٣٢ ـ ٧٣٥)، كتاب البيوع والإجارات: باب في خيار المتبايعين، الحديث (٣٤٥٤) و(٣٤٥٥)، والترمذي (٣/ ٥٤٧)، كتاب البيوع: باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (١٢٤٥)، والنسائي (٧/ ٢٤٨)، كتاب البيوع: باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما، وابن ماجه (٢/ ٧٣٦)، كتاب التجارات: باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (٢١٨١).

والشافعي (٢/ ١٥٤) كتاب البيوع: باب في خيار المجلس رقم (٥٣١، ٥٣٤) وابن طهمان في «مشيخته» رقم (١٨٠، ١٨١)، وعبد الرزاق (٨/ ٥٠ـ٥١) والحميدي (٦٤٥) والطيالسي (١/ ٢٦٦ ـ منحة) رقم (١٣٣٨) وأبو أمية الطرسوس في «مسند ابن عمر» رقم (٧٩) وأبو يعلى (١٠/ ١٩٢) رقم (٥٨٢٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٢) والدارقطني (٣/ ٥) كتاب البيوع والطبراني في «المعجم الصغير» (٢/ ٢٧) والبيهقي (٥/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩) وأبو نعيم في «أخبار أصفهان» (١/ ٢٢٠) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣/ ١٠٤ ـ ١٠٥) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٢٦ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر به.

(٣) ومذهب الشافعية أنه لا يصح إلا بالإيجاب والقبول ولا يصح بالمعاطاة لا في القليل ولا في الكثير. وفيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح بالمعاطاة خرجه من مسألة الهدي إذا قلده فهل يصير بالتقليد هديا منذوراً فيه قولان مشهوران.

الجديد: وهو الصحيح أنه لا يصير.

وذكر القدوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة، ولا يجوز في الأشياء النفيسة، ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة، لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما.

والدليل عليه قوله (عزَّ وجلَّ): ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء:٢٩] والتجارةُ عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل، وهو تفسير التعاطي، وقال (سبحانه وتعالى): ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلاَلَةَ بِالْهُدَى فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾ [البقرة:١٦] أطلق (سبحانه وتعالى) اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع.

= القديم: أنه تصير ويقوم الفعل مقام القول.

فخرج ابن سريج من ذلك، القول وجهاً في صحة البيع.

ثم إن المتولي والغزالي، وصاحب العدة، والرافعي والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه تجوز في المحقرات، وهذا مذهب أبي حنيفة، فإن جوزها في المحقرات دون الأشياء النفيسة. ونقل إمام الحرمين هذا عن أبي حنيفة ونقل عن ابن سريج أيجوزها ولم يقيد الإمام في نقله عن ابن سريج بالمحقرات كما قيد في نقله عن أبي حنيفة؛ ولعله أراد ذلك واكتفى بالتقيد عن أبي حنيفة. وقد أنكر الشيخ أبو عمر بن الصلاح على الغزالي كونه حكى عن ابن سريج تجويزها في المحقرات، وقال ليست مختصة عن ابن سريج بالمحقرات. وهذا الإنكار على الغزالي غير معقول؛ لأن المشهور عن ابن سريج التخصيص بالمحقرات. واختار جماعات من العلماء جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعاً.

وقال مالك في كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع. وممن اختار من العلماء أن المعاطاة فيما يعد بيعاً صحيح صاحب الشامل والمتولي والبغوي والروياني وكان الروياني يفتي به وقال المتولي وهذا هو المختار للفتوى وكذا قال آخرون. وهذا هو المختار لأن الله أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة فإنها كلها تحمل على العرف. ولفظة البيع مشهورة وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع من النبي ﷺ وأصحابه ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول لا في زمنه ولا بعده.

وقد أوضح هذه المسألة المتولي فقال المعاطاة التي جرت بها العادة بأن يزيد النقد ويأخذ المتاع من غير إيجاب ولا قبول ليست بيعاً على المشهور من مذهب الشافعية. وقال ابن سريج كل ما جرت فيه العادة بالمعاطاة وعده العرف بيعاً فهو بيع وما لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالدواب، والجواري، والعقار لا يكون بيعاً قال وهذا هو المختار للفتوى وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة المعاطاة بيع في المحقرات فأما النفيس فلا بد فيه من الإيجاب والقبول.

ووجه المشهور القياس على النكاح فإنه لا ينعقد إلا باللفظ.

ووجه ابن سريج أن البيع كان معهود قبل ورود الشرع فورد ولم يغير حقيقته، بل علق به أحكاماً، فوجب الرجوع فيه إلى العرف وكل ما عده بيعاً جعلناه بيعاً، كما يرجع في إحياء الموات، والحرز، والقبض إلى العرف.

وقال الله (عزَّ وجلَّ): ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ﴾ [التوبة: ١١١] سمى (سبحانه وتعالى) مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراء وبيعاً لقوله (تعالى) في آخر الآية: ﴿فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُم بِهِ﴾ [التوبة: ١١١] وإن لم يوجد لفظ البيع.

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً.

فصل [في شروط الركن]

وأما شرائط الركن فلا يمكن الوصول إلى معرفتها إلاَّ بعد معرفة أقسام البياعات؛ لأن منها ما يعم البياعات كلها، ومنها ما يخص البعضَ دون البعضِ، فنقول: البيع في القسمة الأولى نقسم قسمين: قسمٌ يرجع إلى البدل، وقسمٌ يرجع إلى الحكم.

أما الذي يرجع إلى البَدَلِ: فينقسم قسمين آخرين:

أحدهما: يرجع إلى البدلين.

والآخر يرجع إلى أحدهما وهو الثمن[1].

أما الأول: فنقول البيع في حق البدلين ينقسم أربعة أقسام: بيعُ العينِ بالعينِ، وهو بيعُ السلع بالسلعِ، ويسمى بيع المقايضة.

وبيع العين بالدين، وهو بيع السلع بالأَثمان المطلقة، وهي الدراهم والدنانير، وبيعها بالفلوس النافقة، وبالمكيل الموصوف في الذمة، والموزون الموصوف العددي المتقارب الموصوف.

وبيع الدين بالعين وهو السَّلَمُ.

وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق، وهو الصرفُ.

فأمّا الذي يرجع إلى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم في حق البدل ـ وهو الثمن ـ خمسة أقسام: بيع المساومة، وهو مبادلة المبيع بأي ثمن اتفق، وبيع المرابحة وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح، وبيع التولية، وهو المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادةٍ ولا

---

(١) في أ: اليمين.

نقصان، وبيع الاشتراك وهو التوليه، لكن في بعض المبيع ببعض الثمن، وبيع الوضيعة وهو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه.

وأما القسم الذي يرجع إلى الحكم فنذكره في باب «حكم البيع» إن شاء الله (تعالى).

وإذا عرفت أقسام البياعات فنذكر شرائطها، وهي أنواع: بعضُها شرطُ الانعقاد، وبعضها شرط النفاذ، وهو ما لا يثبت الحكم بدونه، وإن كان قد ينعقد التصرف بدونه، وبعضُها شرط الصحة، وهو ما لا صحة له بدونه، وإن كان قد ينعقد وينفذ بدونه، وبعضُها شرط اللزوم وهو ما لا يلزم البيع بدونه، وإن كان قد ينعقد وينفذ[1] بدونه.

أما شرائط الانعقاد فأنواع: بعضُها يرجعُ إلى العاقد، وبعضُها يرجع إلى نفس العقد، وبعضُها يرجع إلى مكان العقد، وبعضُها يرجع إلى المعقود عليه.

أما الذي يرجع إلى العاقد فنوعان:

أحدهما: أن يكون عاقلاً، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهليةُ لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الانعقاد بدونه؛ فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، حتى لو باع الصبي العاقل مَالَ نَفْسِهِ ينعقد عندنا؛ موقوفاً على إجازة وليِّهِ، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ، وعند الشافعي شرط فلا تنعقد تصرفات الصبي عنده أصلاً؛ وكذا ليس بشرط النفاذ في الجملة، حتى لو تَوَكَّلَ عن غيرُهُ بالبيع والشراء ينفذ تصرفه، وعنده لا ينفذ، وهي مسألة «كتاب المأذون»[2].

وكذا الحرية ليست بشرطٍ لانعقاد البيع ولا / لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع، وينعقد بيع العبد المحجور إذا باع مال مولاه؛ موقوفاً على إجازته عندنا. ٣/ ٦٥ أ

وكذا الملك أو الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولي.

---

(١) في أ: ويصح.

(٢) نقول العاقد يشمل البائع والمشتري، ويعتبر فيهما لصحة البيع التكليف فلا ينعقد بعبارة الصبي والمجنون لا لنفسهما، ولا لغيرها سواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز وسواء باشر العقد بإذن الولي أو بدون إذن الولي. ولا فرق بين بيع الاختيار وغيره على ظاهر المذهب. وبيع الاختيار هو الذي يمتحنه به الولي يستبين رشده عند مناهزة الحلم. وعن بعض الأصحاب تصحيح بيع الاختبار.
وقال أبو حنيفة: إن كان مميزاً وباع واشترى بغير إذن الولي انعقد موقوفاً على إجازته وإن باع بإذن عقد ووافقه أحمد على أنه ينعقد إذا كان بإذن.

وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلاً، والمسألة تأتي في موضعها.

وكذا إسلام البائع ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالإجماع، فيجوز بيع الكافر وشراؤه.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِسلام المشتري شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف، حتى لا يجوز ذلك من الكافر.

وجه قوله أن في تملك الكافر المسلم إذلالاً بالمسلم، وهذا لا يجوز، ولهذا يجبر على بيعه عندكم[١].

---

(١) قد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة فذهب الحنابلة والمالكية في إحدى الروايتين عن أشهب إلى القول بعدم صحة شراء الكافر له. وذهب الحنفية وابن القاسم من المالكية إلى القول بصحته. قالت الحنفية ويجبر المشتري على بيعه. وإزالة ملكه عنه.
احتج الحنفية: بعمومات الكتاب والسنة الواردة في حل البيع من غير فصل بين مسلم وكافر. وحيث حل الشراء للمسلم يحل للكافر بمقتضى العموم.
وأجيب: بأن تلك العمومات مخصصة في حق الكافر بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾. واحتجوا أيضاً بأن شراء الكافر للعبد المسلم عقد صدر من أهله في محله. لأن الكافر أهل للتصرف والعبد مال متقوم ولهذا صح للمسلم بيعه وشراؤه. وإذا كان العقد كذلك كان صحيحاً. أما دليل أن الكافر أهل للتصرف فهو ثبوت الملك له على العبد المسلم وميراثه له وبقاء ملكه عليه حينما يسلم. وأما دليل جبر المشتري على البيع بعد صحة الشراء فهو احتمال أن يفعل الكافر المسلم فعلاً لا يحل له نظر للعداوة الدينية التي بينهما.
ونوقش هذا الدليل:
بأن استدلالكم على صحة البيع بصحة الإرث غير مسلم من وجهين أحدهما: أنه انتقال الملك في الإرث قهري لئلا يبقى الشيء بلا مالك. ولا كذلك البيع فإنه اختياري إن لم يصح بقي على ملك صاحبه الأصلي.
الثاني: أن الأرث يفيد استدامة ملك والبيع بغير ابتداءه والاستدامة أخف من الابتداء حتى صح إرث المسلم للخمر لكونه استدامة لا شراؤه ابتداء فظهر الفرق بينهما فلا يقاس أحدهما على الآخر.
حجة الجمهور:
احتجوا أولاً: بأن في تصحيح مثل هذا البيع طريقاً لإثبات السبيل من الكافر على المسلم إذ به يتمكن من إذلاله بالاستخدام وهو محظور شرعاً فيمتنع ما أدى إليه.
ونوقش: بكون السبيل غير حاصل بالجبر على بيعه بعد تصحيحه. وأجيب: بنفي تصحيحه مع الجبر لعدم الفائدة فكان المنع ابتداء أولى.
واحتجوا ثانياً:
بأن المقصود من الشراء هو استدامة الملك من المشتري على العين المشتراة وعدم خروجها من ملكه إلا برضاه ثم في تصحيح الشراء من الكافر للعبد المسلم مع جبره بعد ذلك على البيع إخلال بمقاصد =

ولنا عمومات البيع من غير فصلٍ بين بيع العبد المسلم من المسلم وبين بيعه من الكافر، فهو على العموم إلا حيث ما خص بدليل؛ ولأن الثابت للكافر بالشراء ليس إلا الملك في المسلم، والكافر من أهل أن يثبت الملك له على المسلم؛ أَلاَ ترى أن الكافر يرث العبد المسلم من أبيه، وكذا إذا كان له عبد كافر فأسلم، بقي ملكه فيه وهو الحقيقة ملك مبتدأ؛ لأن الملك عرض لا بقاء له، فَدَلَّ أن الكافر من أهل ثبوت الملك له في المسلم.

وقوله: فيه إذلال بالمسلم، قلنا: الملك عندنا لا يظهر فيما فيه إذلال بالمسلم؛ فإنه لا يظهر في حق الاستخدام والوطء والاستمتاع بالجارية المسلمة، وإنما يظهر فيما لا ذُلَّ فيه من الإعتاق والتدبير والكتابة والبيع، وبه تبين أن الجبر على البيع ليس لدفع الذل، إذ لا ذل على ما بينا، ولكن لاحتمال وجوده فعل لا يحل ذلك في الإسلام لعداوة بين المسلم والكافر.

وإذا جاز شراء الذمي العبد المسلم فيجوز إعتاقه وتدبيره واستيلاده وكتابته؛ لأَن جواز هذه التصرفات مبني على الملك، وقد وجد، إلاَّ أنه إذا دبره يسعى العبد في قيمته؛ لأنه لا سبيل إلى إبقائه على ملكه، ولا سبيل إلى الإزالة بالبيع، لأَنه بيع المدبر وأنه لا يجوز، فتعينت الإزالة بالسعاية.

وكذا إذا كانت أمة فاستولدها، فإنها تسعى في قيمتها لما قلنا، ويُوجع الذمي ضرباً لوطئه المسلمة، لأنه حرام عليه فيستحق التعزير، وإذا كاتبه لا يعترض عليه؛ لأنه أزال يده عنه، حتى لو عجز ورد في الرق يجبر على بيعه.

وكذا الذمي إذا ملك شقصاً فالحكم في البعض كالحكم في الكل، ولو اشتراه مسلم من الكافر شراءً فاسداً، فإنه يجبر على الرد؛ لأن رد الفساد واجب حقًّا للشرع، ثم يجبر الكافر على بيعه، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

= النكاح. وعدم ترتب آثاره عليه فكان خليقاً بالفساد دون الصحة. ولهذا خطر عقد الزواج من المشركة للمسلم لعدم ترتب آثار النكاح عليه. والبيع مثله.

ونوقش: بأن مثل هذا الشراء لم يخل عن الفائدة لو قلنا بتصحيحه مع الجبر إذ قد ظهرت بتمامه سلطة المالك على البيع وجاز له بيعه وانتقال ملكيته إليه. وتصحيح عتقه إن أراد. ومسألة الإذلال ممنوعة مع الجبر على البيع.

وأجيب: بأن تلك السلطة الحاصلة من مثل هذا الشراء كعدمها لقيام أمر الجبر مسلطاً عليه. ولا شك أن الإذلال متحقق بمجرد انتقال ملكية العبد إلى الكافر لأنه حينئذٍ متمكن من استخدامه إن كان عبداً واستفراشها إن كانت أمة.

هذه أدلة الفريقين بالنظر فيها نجد أن مذهب الجمهور هو الراجح في المسألة إذ لا معنى للتصحيح مع الجبر على البيع فكان المنع ابتداء أولى.

وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما، وفيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامتِ الإشارةُ مقام عبارته[١].

هذا إذا كان الخرس أصليًا بأن ولد أخرس، فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس، فلا إلاّ إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه، وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالأخرس الأصلي.

والثاني: العدد في العاقد، فلا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين في باب البيع إلاّ الأَب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته، أو بما يتغابن الناس فيه عادة، أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحساناً، والقياس أن لا يجوز ذلك أيضاً[٢]، وهو قول زفر (رحمه الله).

وجه القياس أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد، وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً، طالباً ومطالباً، وهذا محالٌ، ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب البيع؛ لما ذكرنا من الاستحالة، ويصلح رسولاً من الجانبين؛ لأَن الرسول لا تلزمه الحقوق، فلا يؤدي إلى الاستحالة.

وكذا القاضي يتولى العقد من الجانبين؛ لأَنَّ الحقوقَ لا ترجع إليه، فكان بمنزلة الرسول، وبخلاف الوكيل في باب النكاح؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه، فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول.

وجه الاستحسان قولُه (تبارك وتعالى): ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فيملكه الأَب، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته، وبما يتغابن الناس فيه عادةً، قد يكون قرباناً على وجه الأَحسن بحكم الحال، والظاهر أن الأَب لا يفعل ذلك إلاَّ في تلك الحال، لكمال شفقته، فكان البيع والشراء بذلك قرباناً على وجه الأَحسن.

---

(١) ومذهب الشافعية أن الأخرس يصح بيعه وشراؤه بلا خلاف بالإشارة المفهومة وبالكتابة بلا خلاف للضرورة قال الأصحاب، وقالوا يصح بهما جميع عقوده ونسوخه كالطلاق والعتاق والنكاح والظهار والرجعة والإبراء والهبة وسائر العقود والفسوخ بل قالوا إشارته المفهمة كعبارة الناطق إلا في صورتين فيهما خلاف، وهما شهادته وإشارته بالكلام في صلاته، والأصح أنه تصح شهادته ولا تبطل صلاته، لأن الشهادة يحتاط فيها والصلاة لا تبطل إلا بالكلام الحقيقي، وهذا مما يسأل عنه فيقال إنسان باع وهو يصلي فيصح بيعه ولا تبطل صلاته فهذه صورة وتتصور أيضاً فيمن باع فيها بالكلام ناسياً ولم تبطل فإنه يصح بيعه ولا تبطل صلاته.

(٢) في أ: أصلاً.

وقوله: يؤدِّي إلى الاستحالة، قلنا / : ممنوعٌ؛ فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى ٣/ ٦٥ ب بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكماً، فلا يؤدي إلى الاستحالة.

وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير، أو اشترى مال الصغير لنفسه، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع، وَإِن كان فيه نفع ظاهر جاز، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز؛ لأَنَّ القياسَ يأبى جَوَازَه أصلاً من الأبِ والوصي جميعاً؛ لما ذكرنا من الاستحالة، إلاَّ أن الأب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقةً متعدداً ذاتاً ورأياً وعبارةً، والوصي لا يساويه في الشفقة، فبقي الأمر فيه على أصل القياس.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف (رضي الله عنهما) أَن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الأحسن فيملكه بالنص.

قوله: لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لقصور شفقته، قلنا: الوصيُّ له شبهان؛ شبه بالأب وشبه بالوكيل، أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبيًا، وشبهه بالأَب لكونه مرضى الأب، فالظاهر أنه ما رضي به إلاَّ لوفور شفقته على الصغير، فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملاً بشبه الأب، وقطعنا ولايته عند عدمه عملاً بشبه الوكيل؛ عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

فصل فيما يرجع إلى نفس العقد من الإيجاب والقَبُول

وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، أو ببعض ما أوجبه ـ لا ينعقد من غير إيجابٍ مبتدأ موافق[1].

بيان هذه الجملة إذا أوجب البيع في العبد فقبل في الجارية لا ينعقد؛ وكذا إذا أوجبَ في العبدين فقبل في أحدهما، بأن قال: بعتُ منك هذين العبدين بألف درهم، فقال المشتري:

---

(١) مذهب الشافعية: يشترط في الصيغة أيضاً موافقة القبول والإيجاب، فلو قال بعتك بألف صحاح فقال قبلت بألف مكسرة أو عكسه أو بألف حال فقيل بمؤجل أو عكسه. أو قال بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين أو قال بعتكه بألف دراهم فقيل بألف دنانير أو عكسه. أو قال: بألف فقال قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة قال المتولي: يصح العقد، لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق. وقال الرافعي: فيه نظر وهو كما قال الرافعي، لكن لظاهر الصحة. وفي فتاوى القفال أنه لو قال بعتك بألف درهم فقال اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع. قال الرافعي هذا غريب وهو كما قال؛ لأن الظاهر هنا فساد البيع لعدم الموافقة.
ويشترط أيضاً عدم التعليق، فلو قال إن مات فقد بعتك هذا بكذا لم يصح. وكذا يشترط أيضاً عدم التأنيث، فلو قال بعتك هذا بكذا شهراً لم يصح أيضاً.

قبلت في هذا العبد، وأشار إلى واحد معين، لا ينعقد؛ لأن القبول في أحدهما تفريق الصفقة على البائع، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفريقها قبل التمام، لأَن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويجاً للرديء بواسطة الجيد، فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبل في الجيد دون الرديء، فيتضرر به البائع، والضرر منفيٌّ؛ ولأن غرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً، فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما، ولأَن القبول في أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس؛ وكذا لو أوجب البيع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه لا ينعقد؛ لأَن البائع يتضرر بالتفريق؛ لأَنه يلزمه عيب الشركة، ثم إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع، كان هذا شراء مبتدأ من البائع، فإن اتصل به الإِيجاب من البائع في المجلس، فينظر إن كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن، جازَ وإلا فلا.

بيانه إذا قال: بعتُ منك هذين الكرين بعشرين درهماً، فقبل المشتري في أحدهما وأوجب البائع جاز؛ لأن الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الأَجزاء فيما له مِثْل، فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كر بعشرة؛ لتماثل قفزان الكرين.

وكذلك إذا قال: بعتُ هذين العبدين بألف درهم، فقبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه، فقال البائع بعت، يجوز، فأما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز، وإن ابتدأ البائع الإِيجاب بخلاف مسألة الكرين وسائرَ الأشياء المتماثلة؛ لما ذكرنا أن الثمن في المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأَجزاء، فكان حصة كل واحد معلوماً، وفيما لا مثل له، لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأَجزاء؛ لانعدام تماثل الأَجزاء، وإذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة، وَجَهَالَةُ الثمن تمنع صحة البيع.

هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين، بأن قال: بعت منك هٰذين العبدين بألف درهم، فأما إذا بين بأن قال: بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة، فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري، بل البائع هو الذي فرق الصفة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة، وعلم أنه لا ضرر له فيه، ولو كان فهو ضرر مرضي به وأنه غير مدفوع.

وكذا إذا أوجب البيع في شيء بألف، فقبل فيه بخمسمائة لا ينعقد، وكذا لو أوجب بجنس ثمن فقبل بجنس آخر إلاً إذا رضي البائع به في المجلس.

وعلى هذا إذا خاطب البائع رجلين فقال: بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر، لا ينعقد؛ لأنه أضاف الإِيجاب في العبدين / أو عبد واحد إليهما جميعاً، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للإِيجاب، وكذا لو خاطب المشتري رجلين، فقال: اشتريت منكما هذا العبد بكذا، فأوجب في أحدهما، لم ينعقد لما قلنا.

٣/٦٦ أ

فَصْل فيما يرجع إلى مكان العقد

وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحدٌ، وهو اتحاد المجلس؛ بأن كان الإِيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد؛ لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس؛ لأنه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده، فَوُجِدَ الثاني والأولُ منعدمٌ، فلا ينتظم الركن، إلا أَنَّ اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة، وحق الضرورة يصير مقضياً[1] عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا يتوقف، وهذا عندنا، وعند الشافعي (رحمه الله) الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه.

وجه قوله ما ذكرنا أن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر، والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور.

ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل، وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محملٍ واحدٍ، فإن خرج الإِيجاب والقبول منهما متصلين انعقد، وإن كان بينهما فصلٌ وسكوت، وإن قَلَّ، لا ينعقد؛ لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل.

ألا ترى أنه لو قرأ آية سجدةٍ وهو يمشي على الأرض أو يسير على دابة لا يصلي عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة؛ وكذا لو خير امرأته وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلي عليها، فمشت أو سارت يبطل خيارُها، لتبدل المجلس، وَإن اختارت نفسها متصلاً بتخيير الزوج، صح اختيارها لأن المجلس لم يتبدل؛ فكذا ههنا، ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس، ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً، ثم قبل، لا ينعقد؛ لأَنه لما سارا وسارا فقد تبدل المجلس قبل القبول، فلم يجتمع الشطرانِ في مجلس واحد.

ولو وقفا فخير امرأته ثم سار الزوج وهي واقفة، فالخيار في يدها، ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها، فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج، وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً، لأن التخيير من قبل الزوج لازم.

---

(١) في ط: مقتضياً.

أَلاَ ترى أنه لا يملك الرجوع عنه، فلا يبطل بالإِعراض وأحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر، فاحتمل البطلان بالإِعراض.

ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد، سواء كانت واقفة أو جارية، خرج الشطران متصلين أو منفصلين، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة؛ لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإِجرائه.

أَلاَ ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها، فلم يكن جريانها مضافاً إِليه، فلم يختلف المجلس، فأشبه البيت؛ بخلاف المشي والسير، أما المشي فظاهر؛ لأنه فعله؛ وكذا سير الدابة مضاف إِليه.

أَلاَ ترى أنه لو سيرها سارت، ولو وقفها وقفت، فاختلف المجلس بسيرها، ولهذا لو كرر آية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه إِلا سجدة واحدة؛ كما لو كررها في بيت واحد؛ وكذا لو خير امرأته في السفينة وهي جارية، فهي على خيارها ما لم يوجدَ منها دليل الإِعراض.

وعلى هذا إِذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب، فبلغه فقبل، لا ينعقد؛ بأن قال: بعتُ عبدي هذا من فلان الغائب بكذا، فبلغه فقبل، ولو قبل عنه قابِلٌ، ينعقد، والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإِجماع، إِلا إِذا كان عنه قابلٌ، أو كان بالرسالة أو بالكتابة.

أما الرسالة فهي أن يرسل رسولاً إِلى رجل ويقول للرسول: إِني بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا، فاذهب إِليه وقل له: إِن فلاناً أرسلني إِليك وقال لي قل له إِني قد بعت عبدي هذا من فلان بكذا، فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك، قبلتُ، انعقد البيع؛ لأن الرسول سفيرٌ ومعبرٌ عن كلام المرسل ناقلٌ كلامَهُ إِلى المرسل إِليه، فكأنه حضر بنفسه، فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس.

٣/٦٦ ب وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إِلى رجل، أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك / بكذا، فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه: اشتريتُ؛ لأَن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه مخاطب بالإِيجاب وقبل الآخر في المجلس، ولو كتب شطر العقد ثم رجع، صح رجوعُهُ؛ لأَن الكتاب لا يكون فوق الخطاب، ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر، صَحَّ رجوعُهُ، فههنا أولى؛ وكذا لو أرسل رسولاً ثم رجع؛ لأَن الخطاب بالرسالة لا يكونُ فوق المشافهة، وذا محتملٌ للرجوع، فههنا أولى.

وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به، بخلاف ما إذا وَكَّلَ إنساناً ثم عزله بغير علمه، لا يصح عزلُه، لأن الرسول يحكي كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه، فكان سفيراً ومعبراً محضاً[١]، فلم يشترط علم الرسول بذلك؛ فأما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه، فشرط علمه بالعزل صيانةً له عن التعزير؛ وعلى ما نذكره في كتاب الوكالة.

وكذا هذا في الإجارة والكتابة إن اتحاد المجلس شرط للانعقاد، ولا يتوقف أحد الشطرين من أحد العاقدين على وجود الشطر الآخر إذا كان غائباً؛ لأن كل واحد منهما عقد معاوضة إلاَّ إذا كان عن الغائب قابلٌ، أو بالرسالة أو بالكتابة كما في البيع.

وأما في النكاح فهل يتوقف بأن يقول رَجُلٌ للشهود: اشْهَدُوا إني قد تَزَوَّجْتُ فلانةً بكذا، وبلغها فأجازتْ، أو قالتِ امرأةٌ: اشهدوا أني [قد][٢] زَوَّجْتُ نفسي من فلانٍ بكذا، فبلغه، فأجاز، عند أبي حنيفة ومحمد لا يتوقف أيضاً إلا إذا كان عن الغائب قابل، وعند أبي يوسف يتوقف، وإن لم يقبل عنه أحد.

وكذا الفضولي من الجانبين؛ بأن قال: زَوَّجْتُ فلانةً من فلان، وهما غائبان فبلغهما فأجازا، لم يجز عندهما، وعند أبي يوسف يجوز، وهذه مسألة «كتاب النكاح»، والفضولي من الجانبين في باب البيع إذا بلغهما فأجازا، لم يجز بالإجماع، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وأما الشطر في «باب الخلع» فمن جانب الزوج يتوقف بالإجماع؛ حتى لو قال: خالعتُ امرأتي [فلانة][٣] الغائبة على كذا، فبلغها الخبر، فقبلت، جاز.

وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالإجماع حتى لو قالت: اختلعت من زوجي فلان الغائب على كذا، فبلغه الخبر فأجاز، لم يجز.

ووجه الفرق أن الخلع في جانب الزوج يمين، لأنه تعليق الطلاق بقبول المال فكان يميناً، ولهذا لا يملك الرجوع عنه وتصحُ فيه الإضافة إلى الوقت والتعليقُ بالشرط بأنْ يقولَ الزوج خالعتك غداً، وإن قدم فلان فقد خالعتك على كذا، وإذا كان يميناً فغيبة المرأة لا تمنع صحة اليمين؛ كما في التعليق بدخول الدار وغير ذلك.

وأمَّا من جانب المرأة فهو معاوضة، ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها، ولا تصح إضافته إلى وقت وتملك الرجوع قبل إجازة الزوج، وإذا كان معاوضة، فالشطر في المعاوضات لا يتوقف كما في البيع وغيره.

---

(١) في أ: مخلصاً. (٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.

وكذا الشطر في إعتاق العبيد على مالٍ من جانب المولى يتوقف إذا كان العبد غائباً، ومن جانب العبد لا يتوقف إذا كان المولى غائباً؛ لأنه من جانبه تعليق العتق بالشرط، ومن جانب العبد معاوضة.

والأصل أن في كل موضع لا يتوقف الشطر على ما وراء المجلس يصح الرجوع عنه، ولا يصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت كما في البيع والإجارة والكتابة، وفي كُلِّ موضعٍ يتوقف الشطر على ما وراء المجلس لا يصحُّ الرجوع عنه، ويصحُّ تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت؛ كما في الخلع من جانب الزوج والإعتاق على مال من جانب المولى، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

فصل [فيما يرجع إلى المعقود عليه]

وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع:

منها أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم؛ كبيع نتاج النتاج؛ بأن قال: بعتُ وَلَدَ ولَدِ هذه الناقة؛ وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وَإِن باع الحمل فله خطر المعدوم[1]، وكذا بيع اللبن في الضرع، لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع؛ وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدوم، وإن كان بعد الطلوع جاز، وَإِن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك.

ومن مشايخنا مَنْ قال: لا يجوز إلاَّ إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلاً لا ينعقد.

واحتجُّوا بما روي عن النبي ﷺ أنه نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا»[2] ولأنه إذا لم / يبدو صلاحها لم تكن منتفعاً بها، فلا تكون مالاً، فلا يجوز بيعها، وهذا خلاف الرواية؛ فإن محمداً ذكر في «كتاب الزكاة» في «باب العشر» أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بأمر البائع حتى أدركت، فالعشر على المشتري، ولو لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري.

٣/ ٦٧ أ

---

(١) في أ: العدم.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٣٩٤) كتاب البيوع: باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها حديث (٢١٩٤) ومسلم (٣/ ١١٦٥) كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها حديث (٤٩/ ١٥٣٤) وأبو داود (٣/ ٢٥٢) كتاب البيوع: باب في بيع الثمار حتى يبدو صلاحها حديث (٣٣٦٧) والنسائي (٧/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣) كتاب البيوع: باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وأحمد (٢/ ٥٦، ٧٧) من حديث ابن عمر.

والدليل على جواز بيعه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً مُؤَبَّرَةً فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهَا المُبْتَاعُ»[(١)]، جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحُهَا أو لا، دَلَّ أنها محل البيع كيف ما كان، والمعنى فيه، وهو أنه باع ثمرة موجودة وهي بعرض أن تصير منتفعاً بها في الثاني، وَإِن لم يكن منتفعاً بها في الحال، فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على أصلنا، وبيع المهر والجحش والأرض السبخة، والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها، بأن باعها ثمراً وهي بسر، أو باعها عنباً وهي حصرم، دليل صحة هذا التأويل قوله (عليه السلام) في سياق الحديث: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ صَاحِبِهِ»[(٢)] ولفظه المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجوداً؛ لأن المنع منع الوجود، وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان، فيجوز بيع ما ظهر منه، ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء (رضي الله عنهم).

وقال مالك (رحمه الله): إذا ظَهَرَ فيه الخارج الأول يجوز بيعه؛ لأن فيه ضرورة لأَنه لا يظهر الكل دفعة واحدة، بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج.

وَلَنَا أن ما لم يظهر منه معدومٌ، فلا يحتمل البيع، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعةٌ، فإنه يمكنه أن يبيع الأَصل بما فيه من الثمر، وما يحدث منه بعد ذلك يكون [على][(٣)] ملك المشتري.

وقد روي أن رسول الله ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الحبلِ وحَبلِ الحبلِ[(٤)]، وروي: «حبلِ الحبلةِ»

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) سقط من ط.

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٥٣ ـ ٦٥٤) كتاب البيوع: باب ما لا يجوز من بيع الحيوان حديث (٦٢) والبخاري (٤/ ٣٥٦) كتاب البيوع: باب بيع الغرر وحبل الحبلة حديث (٢١٤٣) ومسلم (٣/ ١١٥٣ ـ ١١٥٤) كتاب البيوع: باب تحريم بيع حبل الحبلة حديث (٥، ١٥١٤/٦) والترمذي (٣/ ٥٣١) كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع حبل الحبلة حديث (١٢٢٩).
وأحمد (٢/ ٦٣، ١٠٨) وأبو داود (٢/ ٢٧٥) كتاب البيوع: باب في بيع الغرر حديث (٣٨٨٠) والنسائي (٧/ ٢٩٤) كتاب البيوع: باب تفسير ذلك وأبو يعلى (١٠/ ١٩١) رقم (٥٨٢١) وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٥٢) والبيهقي (٥/ ٣٤٠) كتاب البيوع باب النهي عن بيع حبل الحبلة والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ـ بتحقيقنا) من طريق نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة. وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح.
وزاد البخاري «وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في =

....

= بطنها» وهذا من كلام نافع.
وللحديث طريق آخر عن ابن عمر.
أخرجه أحمد (٢/ ١١) والحميدي (٢/ ٣٠٣) رقم (٦٨٩) والنسائي (٧/ ٢٩٣) كتاب البيوع: باب بيع الحبلة وابن ماجه (٢/ ٧٤٠) كتاب التجارات: باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها حديث (٢١٩٧) من طريق سفيان حدثنا أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به.
وأخرجه أبو يعلى (١٠/ ٢٢) رقم (٥٦٥٣) من طريق حماد بن سلمة عن أيوب عن سعيد بن جبير ونافع عن ابن عمر.
وفي الباب عن أبي سعيد الخدري وابن عباس.
حديث أبي سعيد:
أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ١٣١) وأحمد (٣/ ٤٢) وابن ماجه (٢/ ٧٤٠) كتاب التجارات: باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها حديث (٢١٩٦) وأبو يعلى (٢/ ٣٤٥) رقم (١٠٩٣) والدارقطني (٣/ ١٥) كتاب البيوع رقم (٤٤) والبيهقي (٥/ ٣٣٨) كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الغرر وإسحاق بن راهويه والبزار في «مسنديهما» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٥) كلهم من طريق محمد بن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري «أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص».
وهذا إسناد ضعيف جداً محمد بن إبراهيم مجهول. ومحمد بن زيد ضعفه الدارقطني انظر «الضعفاء والمتروكين» للدارقطني (٤٧٠).
وقال البيهقي: إسناد غير قوي.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٥).
ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» إلا أنه لم يذكر في إسناده محمد بن إبراهيم ومن جهة عبد الرزاق ذكره عبد الحق في «أحكامه» وقال: إسناد لا يحتج به وشهر مختلف فيه ويحيى بن العلاء الرازي شيخ عبد الرزاق ضعيف وهو يروي عن جهضم به. وقال ابن القطان: وسند الدارقطني يبين أن سند عبد الرزاق منقطع. اهـ.
والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٣٧٣) رقم (١١٠٨) وقال: سألت أبي عن حديث رواه حاتم بن إسماعيل عن جهضم بن عبد الله اليمامي عن محمد بن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن ما في ضروعها إلا بكيل وعن شراء العبد الآبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص قلت لأبي من محمد هذا، قال هو محمد بن إبراهيم شيخ مجهول.
حديث ابن عباس:
أخرجه البزار (٢/ ٨٧ ـ كشف) رقم (١٢٦٨) والطبراني في «الكبير» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٠) من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة. =

وهو بمعنى الأول، وإنما زيادة الهاء للتأكيد والمبالغة، وروي: «حبل الحبلة» بحفظ الهاء[١] من الكلمة الأخيرة، والحبلة هي الحبلى، فكان نهياً عن بيع ولد الحبلى.

وَرَوِي عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَبَيْعِ عَسْبِ الفَحْلِ[٢]

= قال البزار: لا نعلمه عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد. وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/١٠٧) وقال: رواه الطبراني في الكبير والبزار وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة.

(١) في أ: التاء.

(٢) النهي عن عسب الفحل. أخرجه أحمد (٢/ ١٤) والبخاري (٤/ ٤٦١)، كتاب الإجارة، باب عسب الفحل حديث (٢٢٨٤) وأبو داود (٣/ ٧١١ ـ ٧١٢) كتاب البيوع والإجارات، باب في عسب الفحل حديث (٣٤٢٩) والترمذي (٣/ ٥٧٢) كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية عسب الفحل، حديث (١٢٧٣) والنسائي (٧/ ٣١٠) كتاب البيوع باب ضراب الجمل، والحاكم (٢/ ٤٢) كتاب البيوع، باب النهي عن عسب الفحل، وابن الجارود (٥٨٢) والبيهقي (٥/ ٣٣٩) كتاب البيوع، باب النهي عن عسب الفحل من حديث ابن عمر «أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل». وقال الترمذي حسن صحيح.

وفي الباب عن جماعة من الصحابة. وهم أبو هريرة وأنس بن مالك وعلي بن أبي طالب والبراء بن عازب وأبو سعيد الخدري.

حديث أبي هريرة:

أخرجه النسائي (٧/ ٣١١) كتاب البيوع: باب ضراب الجمل وابن ماجه (٢/ ٧٣٠) كتاب التجارات: باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وعسب الفحل حديث (٢١٦٠) والدارمي (٢/ ٢٧٢) كتاب البيوع: باب في النهي عن عسب الفحل، من طريق محمد بن فضيل عن الأعمش عن أبي حازم عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعسب الفحل.

وأخرجه أحمد (٢/ ٥٠) وأبو يعلى (١١/ ٢٥٧) رقم (٦٣٧١) من طريق عطاء بن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل.

وأخرجه أحمد (٢/ ٢٩٩) والنسائي (٧/ ٣١١) كتاب البيوع: باب ضرار الجمل، من طريق محمد بن جعفر عن شعبة عن المغيرة قال: سمعت ابن أبي نعم قال: سمعت أبا هريرة يقول نهى رسول الله عن كسب الحجام وعن ثمن الكلب وعن عسب الفحل.

حديث أنس بن مالك:

أخرجه الترمذي (٣/ ٥٧٣) كتاب البيوع: باب ما جاء في كراهية عسب الفحل حديث (١٢٧٤) والنسائي (٧/ ٣١٠) كتاب البيوع: باب ضراب الفحل والبيهقي (٥/ ٣٣٩) كتاب البيوع: باب النهي عن عسب الفحل والطبراني في «الصغير» (٢/ ٩٥) من طريق يحيى بن آدم ثنا إبراهيم بن حميد عن هشام بن عروة عن محمد بن إبراهيم التيمي عن أنس بن مالك أن رجلاً من كلاب سأل النبي ﷺ عن عسب الفحل فنهاه فقال: يا رسول الله إنا نطرق الفحل فنكرم فرخص له في الكرامة.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث إبراهيم بن حميد عن هشام بن عروة.

وللحديث طريق آخر:

أخرجه أحمد (٣/ ١٤٥) وأبو يعلى (٦/ ٢٨٠) رقم (٣٥٩٢) من طريق ابن لهيعة ثنا يزيد بن أبي حبيب =

لأن عَسْبَ الفحلِ ضرابُهُ، وهو عند العقد معدوم، وقد روي أن رسول الله ﷺ نَهَىٰ عَنْ عَسْبِ الفحلِ، ولا يمكن حمل النهي على نفس العسب، وهو الضراب؛ لأن ذلك جائز بالإعارة، فيحمل على البيع والإِجارة، إلا أنه حذف ذلك وأضمره فيه، كما في قوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] وغير ذلك، ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن.

ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب في سنابلها، لأن بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، ونحو ذلك بيعُ المعدوم؛ لأنه لا دقيق في الحنطة، ولا زيت في الزيتون؛ لأن الحنطةَ اسم للمركب، والدقيقَ اسمٌ للمتفرق، فلا دقيق في حال كونه حنطة، ولا زيت حال كونه زيتوناً، فكان هذا بيع المعدوم، فلا ينعقد؛ بخلاف بيع الحنطة في سنبلها؛ لأن ما في السنبل حنطة، إذ هي اسم للمركب[1] وهي في سنبلها على تركيبها، فكان بيع الموجود حتى لو باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لا ينعقد؛ لأنه لا يصير تبناً إلاَّ بالعلاج وهو الدق، فلم يَكُنْ تبناً قبله، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد، وبخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من كرباس أو ديباج، أنه ينعقد حتى لو نزع وقطع وسلم إلى المشتري، يجبر على الأخذ، وههنا لا ينعقد أصلاً حتى لو طحن أو عصر وسلم، لا يجبر المشتري على القبول؛

= وعقيل عن ابن شهاب عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع الرجل فحله فرسته وسنده ضعيف لضعف ابن لهيعة.

حديث علي بن أبي طالب:

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٩٠) عنه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السبع وعن كل ذي مخلب من الطير وعن ثمن الميتة وعن لحم الحمر الأهلية وعن مهر البغي وعن عسب الفحل وعن ميائر الأرجوان وقال الهيثمي: رواه عبد الله بن أحمد ورجاله ثقات.

حديث البراء بن عازب:

ذكره أيضاً الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٩٠) عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وكسب الحجام وحلوان الكاهن وعسب الفحل وكان للبراء تيس يطرقه من طلبه ولا يمنعه أحداً ولا يعطي أجر الفحل.

قال الهيثمي: رواه الطبراني في «الكبير» وفيه يحيى بن عباد الحرشي ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات.

له شاهد أيضاً من حديث جابر بلفظ نهى ﷺ عن طرق الفحل أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٧) كتاب المساقاة: باب تحريم بيع فضل الماء حديث (٣٥/ ١٥٦٥) والنسائي (٧/ ٣١٠) كتاب البيوع: باب ضراب الجمل وأبو يعلى (٣/ ٣٤٨) رقم (١٨١٦) من طريق أبي الزبير عن جابر واللفظ لأبي يعلى.

ولفظ مسلم: نهى عن ضراب الجمل.

(١) في أ: المتركب.

لأن عدم النفاذ هناك ليس لخلل في الركن، ولا في العاقد والمعقود عليه، بل لمضرة تلحق العاقد بالنزع والقطع، فإذا نزع وقطع فقد زال المانع، فنفذ، أَما ههنا فالمعقود عليه معدومٌ حَالَةَ العقدِ، ولا يتصور انعقاد العقد بدونه، فلم ينعقد أصلاً، فلا يحتمل النفاذ، فهو الفرق.

وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح؛ لأَنه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر، وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية؛ لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ؛ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد.

وكذا بيع الشحم الذي فيها وأَليتها وأكارعها ورأسها؛ لما قلنا؛ وكذا بيع / البحير[1] في السمسم؛ لأنه إنما يصير بحيرا بعد العصر. ٣/٦٧ ر

وعلى هذا يخرج ما إذا قال: بعتُك هذا الياقوت بكذا، فإذا هو زجاج، أو قال: بعتُك هذا الفص على أنه ياقوتٌ بكذا، فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثوب الهروي بكذا، فإذا هو مروي، أو قال: بعتُك هذا الثوب على أنه مروي، فإذا هو هروي - لا ينعقد البيع في هذه المواضع؛ لأن المبيع معدومٌ.

والأَصلُ في هذا أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع، ينظر إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فالعبرةُ للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى، وَإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة، فإن تفاحش التفاوت بينهما، فالعبرةُ للتسمية أيضاً عندنا، ويلحقان بمختلفي الجنس، وَإن قل التفاوت، فالعبرةُ للمشار إليه، ويتعلق العقد به.

وإذا عرف هذا فنقول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان؛ وكذا الهروي مع المروي نوعان مختلفان، فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدومٌ، فيبطل ولا ينعقد، ولو قال: بعتُك هذا العبد، فإذا هو جارية، لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة (رحمهم الله)، وعند زفر (رحمه الله) يجوزُ.

وجه قوله أن المسمى ههنا من جنس المشار إليه، أعني: العبد والجارية، وَإنما يختلفان في صفة الذكورة والأُنوثة، وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار إليه؛ كما إذا قال: بعتُك هذه الشاة على أنها نعجة، فإذا هي كبشٌ.

ولنا أنهما جنسان مختلفان في المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافاً فاحشاً، فالتحقا بمختلفي الجنس حقيقةً؛ بخلاف النعجة مع الكبش لأنهما اتفقا جنساً ذاتاً ومعنى، أَما ذاتاً فظاهرٌ، لأَن اسم الشاة يتناولها.

---

(١) في أ: التجير.

وأَمَّا معنى فلأن المطلوب مِنْ كُلِّ واحدٍ منهما منفعة الأكل، فتجانسا ذاتاً ومنفعةً، فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو موجود محل للبيع، فجاز بيعه، ولكن المشتري بالخيار؛ لأنه فاتته صفة مرغوبة، فأوجب ذلك خللاً في الرضا، فيثبتِ له الخيار، وكذا لو باع داراً على أن بناءها آجر، فإذا هو لَبِنٌ، لا ينعقد لأنَهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً، فكانا كالجنسين المختلفين.

وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوغٌ بعصفر، فإذا هو مصبوغٌ بزعفران، لا ينعقد؛ لأَن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللونِ اختلافاً فاحشاً.

وكذا لو باع حنطة في جولق، فإذا هو دقيق أو شرط الدقيق، فإذا هو خبز لا ينعقد؛ لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان؛ وكذا الدقيق مع الخبز.

ألا ترى أَن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطعُ حق الملك[1]، دَلَّ أنها تصير بالطحن شيئاً آخر، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد، وإن قال: بعتُك هذه الشاة على أنها ميتة، فإذا هي ذكية، جاز بالإجماع، لأَن الميتةَ ليستْ بمحلٍ للبيع، فلغت التسمية وبقيت الإشارة إلى الذكية، ولو قال: بعتُك هذا الثوب القز، فإذا هو ملحم، ينظر إن كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد، وإن كان لحمته من القز، فالبيع جائزٌ؛ لأَن الأَصل في الثوب هو اللحمة؛ لأنه إنما يصير ثوباً بها، فإذا كانت لحمته من غير القز، فقد اختلف الجنس، فكانت العبرة للتسمية، والمسمى معدوم، فلم ينعقد البيع، وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف، فتعتبر الإشارة، والمشار إليه موجودٌ، فكان محلاً للبيع إلاَّ أنه يثبت الخيار للمشتري؛ لأَن كون السدى منه أمرٌ مرغوب فيه، وقد فات، فوجب الخيار.

وكذلك إذا قال بعتُك هذا الثوب الخز بكذا، فإذا هو ملحمٌ، فهو على التفصيل إلاَّ أن لحمته إذا كانت خزًا وسداه من غيره حتى جاز البيع، فقد قيل أنه ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري ههنا، لأَن الخز هكذا ينسج بخلاف القز.

ولو باع جبَّةً على أن بطانتها وظهارتها كذا وحشوها كذا، فإن كانت الظهارة من غير ما شرط، لا ينعقد البيع، وإن كانت البطانة والحشو مما شرط، وَإِن كانت الظهارة مما شرط، جاز البيع، وَإِنْ كانتِ البطانة والحشو من غير ما شرط؛ لأَن الأَصل هو الظهارة.

أَلاَ ترى أنه ينسب الثوب إليها ويختلف الاسم باختلافها، وإنما البطانة تجري مجرى التابع لها، وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة، وما سواها جارياً مجرى الوصف لها، ففواته لا يمنع الجواز، ولكنه يوجب الخيار؛ لأَنه فات شيء مرغوب فيه.

---

(١) في أ: المالك.

ولو قال: بعتُك هذه الدار على أن فيها بناءً، فإذا لا بناء فيها، فالبيع / جائزٌ، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، فرق بين هذا وبين ما إذا قال: بعتُك هذه الدار على أن بناءها آجر، فإذا هو لبن، أنه لا ينعقد. ٣/٦٨ أ

ووجه الفرق أَنَّ الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً، فالتحقا بمختلفي الجنس على ما بينا فيما تقدم.

ومنها: أن يكون مالاً؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بيع الحرّ؛ لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد؛ لأنها حرة من وجه؛ لما روي عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا»[١].

وروي عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال في أم الولد: «لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ وَهِيَ حُرَّةٌ مِنَ الثُّلُثِ»[٢] نفى (عليه الصلاة والسلام) جواز بيعها مطلقاً، وسماها حرة، فلا تكون مالاً على

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤١) كتاب العتق: باب أمهات الأولاد حديث (٢٥١٦) والحاكم (٢/ ١٩) كتاب البيوع: باب بيع أمهات الأولاد والدارقطني (٤/ ١٣١) كتاب المكاتب حديث (٢١، ٢٢، ٢٣) وابن سعد في «الطبقات» (٨/ ١٧٣) وابن عدي في «الكامل» (٧/ ٢٩٧) والبيهقي (١٠/ ٣٤٦) كتاب أمهات الأولاد: باب الرجل يطأ أمته فتلد منه وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (١/ ٣١٢ ـ تهذيب) كلهم من طريق حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال: لما ولدت أم إبراهيم قال رسول الله ﷺ: «أعتقها ولدها». وهذا إسناد ضعيف لأجل حسين بن عبد الله.

قال أحمد: له أشياء منكرة، وقال ابن معين: ضعيف، وقال البخاري قال علي: تركت حديثه، وقال أبو زرعة: ليس بقوي، وقال أبو حاتم: ضعيف يكتب حديثه ولا يحتج به، وقال النسائي: متروك، وقال في موضع آخر: ليس بثقة. ينظر «تهذيب التهذيب» (٢/ ٣٤١ ـ ٣٤٢). وقال الحافظ في التقريب (١/ ١٧٦): ضعيف.

والحديث ذكره الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٩٢) وقال: هذا إسناد ضعيف حسين بن عبد الله تركه علي بن المديني وأحمد بن حنبل والنسائي وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة. وقال البخاري: يقال إنه كان يتهم بالزندقة. اهـ.

وللحديث طريق آخر ذكره الحافظ في «التلخيص» (٤/ ٢١٨) من طريق ابن حزم عن قاسم بن أصبغ عن محمد بن مصعب عن عبيد الله بن عمرو عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس به وصححه ابن حزم. قال الحافظ: وتعقب ابن القطان بأن قوله عن محمد بن مصعب، خطأ وإنما هو عن «محمد» وهو ابن وضاح عن مصعب وهو ابن سعيد المصيصي وفيه ضعف.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٦) كتاب العتق والولاء: باب عتق أمهات الأولاد حديث (٦) عن نافع عن عبد الله بن عمر به.

وأخرجه البيهقي (١٠/ ٣٤٢ ـ ٣٤٣) كتاب عتق أمهات الأولاد: باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد به، من طريق سليمان بن بلال عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر به. =

الإِطلاق؛ خصوصاً على أصل[١] أبي حنيفة (رضي الله عنه)؛ لأن الاستيلاد يوجب سقوط المالية عنده، حتى لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد والإِعتاق، وإِنما تضمن بالقتل لا غير؛ لأن ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال، والمسألة تأتي في موضعها، إن شاء الله (تعالى).

ولا بيع المدبر المطلق عندنا[٢].

وقال الشافعي (عليه الرحمة) بيع المدبَّرِ جَائِزٌ، واحتج بما روي عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) أَنَّ النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) أجاز بيع المدبرِ[٣].

وعن سيدتنا عائشة (رضي الله عنها) أنها دَبَّرَتْ مملوكةً لها، فغضبت عليها فباعتها؛ ولأَن التدبير تعليق العتق بالموت، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، فلم يكن العتق ثابتاً أصلاً قبل الموت، فيجوز بيعه، كما إذا علق عِتْقَ عَبْدِهِ بدخولِ الدارِ ونحو ذلك، ثم باعه قبل أَنْ يدخل الدار؛ وكما في المدبَّرِ المقيد.

= وقال البيهقي: هكذا رواية الجماعة عن عبد الله بن دينار وغلط فيه بعض الرواة عن عبد الله بن دينار فرفعه إلى النبي ﷺ وهو وهم لا يحل ذكره اهـ. وقد تعقبه ابن التركماني في «الجوهر النقي» (١٠/ ٣٤٣) فقال: أخرجه الدارقطني في «سننه» مرفوعاً من حديث يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر وذكره ابن القطان في باب الأحاديث التي ضعفها عبد الحق وعند ابن القطان أنها صحيحة أو حسنة وقال ابن القطان: عندي أن الذي يسنده ثقة خير من الذي وقفه.

(١) في أ: قول.

(٢) وعلة بيع المدبر عندهم وبيع المدبر وأم الولد والمكاتب باطل: للمنافاة بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع، إذ استحقاقه جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال، وثبوت الملك يبطلها واستحقاق العتق ثابت لأم الولد بقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها» فينتفي الآخر. وكذلك المنافاة حاصلة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر المطلق وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم، لأن الملك مع الحرية لا يجتمعان، فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال فيمتنع البيع. وكذلك بين استحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة في حق المولى، وثبوت الملك منافاة، واستحقاقه اليد اللازمة في حق المولى ثابت لأنه لا يملك فسخ الكتابة دون رضا المكاتب فيبطل البيع.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ١٦٥) كتاب العتق: باب بيع المدبر حديث (٢٥٣٤) ومسلم (٣/ ١٢٨٩) كتاب الإيمان: باب جواز بيع المدبر حديث (٥٨/ ٩٩٧) وأبو داود (٤/ ٢٦٤) كتاب العتق: باب بيع المدبر حديث (٣٩٥٥) والنسائي (٥/ ٦٩ ـ ٧٠) كتاب الزكاة: باب أي الصدقة أفضل والترمذي (٣/ ٥٢٣) كتاب البيوع: باب بيع المدبر حديث (١٢١٩) وابن ماجه (٢/ ٨٤٠) كتاب العتق: باب المدبر حديث (٣/ ٢٥) والطيالسي (١/ ٢٤٥ ـ منحة) رقم (١٢٠٧) والحميدي (٢/ ٥١٣) رقم (١٢٢٢) وأبو يعلى (٣/ ٣٥٧ ـ ٣٥٨) رقم (١٨٢٥) والبيهقي (١٠/ ٣٠٨) كتاب المدبر: باب المدبر يجوز بيعه، من طرق عن جابر أن النبي ﷺ باع مدبراً.

ولنا ما روى أبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الأنصاري (رضي الله عنهما) أَنَّ النبي (عليه الصلاة والسلام) «نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ المُدَبَّرِ»[1] ومطلقُ النهي محمولٌ على التحريم.

وروي عن عبد الله بن سيدنا عمر (رضي الله عنهما) أن النبيَّ (عليه الصلاة والسلام) قال: «المُدَبَّرُ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ، وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ»[2] وهذا نَصٌّ في الباب؛ ولأنه حُرٌّ من وجهٍ، فلا يجوز بيعه كأم الولد.

---

(١) تقدم عن جابر بن عبد الله إجازة بيع المدبر وأنه باعه وهو في صحيح البخاري.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٠) كتاب العتق: باب المدبر حديث (٢٥١٤) والدارقطني (٤/ ١٣٨) كتاب المكاتب حديث (٤٩) وابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٨٨) والبيهقي (١٠/ ٣١٤) كتاب المدبر: باب المدبر من الثلث، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١١/ ٤٤٤) كلهم من طريق علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر من الثلث».
قال ابن ماجه: سمعت عثمان يعني ابن أبي شيبة يقول هذا خطأ. وقال ابن ماجه: ليس له أصل.
وقال ابن عدي في ترجمة علي بن ظبيان: الضعف على حديثه بين.
والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٤٣٢) رقم (٢٨٠٣) وقال: سئل أبو زرعة عن حديث رواه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر من الثلث» فقال أبو زرعة: هذا حديث باطل وامتنع من قراءته قلت: يروي خالد بن إلياس عن نافع عن ابن عمر قال: المدبر من الثلث قول ابن عمر. اهـ.
وروى الخطيب في «تاريخه» (١١/ ٤٤٤) عن علي بن المديني قال: كان علي بن ظبيان حدثنا بثلاثة أحاديث مناكير كلها عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: «المدبر من الثلث».......... اهـ.
والحديث ذكره الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٨٩) وقال: هذا إسناد ضعيف علي بن ظبيان ضعفه ابن معين وأبو حاتم والبخاري والنسائي وأبو زرعة وابن حبان وغيرهم..... قال المزي: رواه الشافعي عن ابن عمر موقوفاً. اهـ.
أما الموقوف:
فأخرجه الشافعي ومن طريقه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٨٧) من طريق علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: المدبر من الثلث.
قال الشافعي: قال لي علي بن ظبيان: قد كنت أرفعه فقال لي بعض أصحابي: لا ترفعه وكان يحدث به مرفوعاً. وللحديث طريق آخر عن ابن عمر مرفوعاً.
أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٨) كتاب المكاتب حديث (٥٠) من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال».
قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وإنما هو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر قوله.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٨٥) وقال ابن القطان في «كتابه» عبيدة هذا قال فيه أبو حاتم: منكر الحديث وأبو معاوية عمرو بن عبد الجبار الجزري راويه عنه مجهول الحال وقد رواه حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر من قوله وهو الصحيح لثقة حماد وضعف عبيدة.

والدليل على أنه حُرٌّ من وجه الاستدلال بضرورة الإِجماع، وهو أنه يعتق بعد الموت بالإِجماع، والحرية لا بد لها من سبب، وليس ذلك إلا الكلام السابق، وليس هو بتحرير بعد الموت، لأن التحرير فعل اختياري، وأنه[1] لا يتحقق من الميت، فكان تحريراً من حين وجوده، فكان ينبغي أن تثبت به الحرية من كل وجه للحال إِلاَّ أنها تأخرت من وجه إلى آخر جزء من أجزاء حياته بالإِجماع، ولا إجماع على التأخير من وجه، فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال، فلا يكون مالاً مطلقاً، فلا يجوز بيعه.

وحديث جابر وسيدتنا عائشة (رضي الله عنهما) حكاية فعل يحتمل أنه أجاز (عليه الصلاة والسلام) بَيْعَ مُدَبَّرٍ مقيدٍ، أو باع مدبراً مقيداً، ويحتمل أن يكون المراد منه الإِجارة؛ لأن الإِجارة بلغة أهل المدينة تسمى بيعاً، ويحتمل أنه كان في ابتداء الإِسلام حين كان بيع المدبر مشروعاً، ثم نسخ، فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وأما المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام السابق إيجاباً من حين وجوده؛ لأنه علق عتقه بموت موصوف بصفة، واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أو لا، فكان الحظر قائماً، فكان تعليقاً، فلم يكن إيجاباً ما دام الحظر قائماً، ومتى اتصل به الموت يظهر أنه كان تحريراً من وجه من حين وجوده؛ لكن لا يتعلق به حُكْمٌ، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ولا بيع المكاتب لأنه حُرٌّ يداً، فلا تثبت يد تصرف الغير عليه، ولا بيع معتق البعض، موسراً كان المعتق أو معسراً، عند أصحابنا الثلاثة (رضي الله عنهم)؛ لأنه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة (رضي الله عنه)، وعندهما هو حر عليه دَيْنٌ.

وأما عند الشافعي (رضي الله عنه) فإِن كان المعتق معسراً، فلشريكه الساكت أن يبيع نصيبه بناءً على أصله أن المعتق إِن كان معسراً فالإِعتاق منجزٌ، فبقي نصيب شريكه على ملكه، فيجوز له بيعه، وكل جواب عرفته في هؤلاء فهو الجواب في الأولاد من هؤلاء؛ لأن الولد يحدث على وصف الأم؛ ولهذا كان ولد الحرة حُرًّا، وولد الأمة رقيقاً، وكما لا ينعقد بيع المكاتب وولده المولود في الكتابة، لا ينعقد بيع ولده المشتري في الكتابة ووالدته؛ لأنهم تكاتبوا بالشراء.

وأما مَن سواهم من ذوي الأرحام إذا اشتراهم، يجوز بيعهم عند أبي حنيفة (رضي الله عنه) لأنهم لم يتكاتبوا بالشراء، وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يجوز لأنهم تكاتبوا، وهي مسألة «كتاب المكاتب».

---

(١) في أ: وأثر.

ولا ينعقد بيع الميتة والدم؛ لأَنه ليس بمالٍ، وكذلك ذبيحة المجوسي / والمرتد ٣/٦٨ ب والمشرك؛ لأَنها ميتة؛ وكذا متروك التسمية عمداً عندنا؛ خلافاً للشافعي، وهي مسألة «كتاب الذبائح».

وكذا ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأَنها في معنى الميتة؛ وكذا ما ذبح من صيد الحرم، محرماً كان الذابح أو حلالاً، وما ذبحه المحرم من الصيد، سواء كان صيد الحرم أو الحل؛ لأن ذلك ميتة.

ولا ينعقد بيع صيد الحرم محرماً كان البائع أو حلالاً؛ لأنه حرام الانتفاع به شرعاً، فلم يكن مالاً، ولا بيع صيد المحرم، سواء كان صيد الحرم أو الحل؛ لأَنه حرام الانتفاع به في حقه، فلا يكون مالاً في حقه، ولو وَكَّلَ محرمٌ حلالاً ببيع صيد، فباعه، فالبيع جائز عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد باطلٌ، وهو على اختلافهم في مسلمٍ وَكَّل ذميًّا ببيع خمر فباعها.

وجه قولهما: أَن البائع هو الموكل معنى، لأَن حكم البيع يقع له، والمحرم ممنوعٌ من تمليك[1] الصيد وتملُّكه.

وجه قول أبي حنيفة (رضي الله عنه) أن البائع في الحقيقة هو الوكيل؛ لأن بيعه كلامه القائم به حقيقة، ولهذا ترجع حقوق العقد إليه إلاَّ أن المُوَكِّلَ يقوم مقامه شرعاً في نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف على مباشرته حقيقة، والمحرم من أهل ثبوت الملك له في الصيد حكماً لا بتملكه حقيقة؛ ألا يرى أنه يرثه، وهذا لأَن المنع إنما يكون عَمَّا للعبد فيه صنع، ولا صنع له فيما يثبت حكماً، فلا يحتمل المنع.

ولو باع حلالٌ حلالاً صيداً، ثم أحرم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع، لأَنَّ الإِحرام كما يمنع البيع، والشراء، يمنع التسليم والقبض؛ لأنه عقد من وجه على ما عرف، فيلحق به في حق الحرمة احتياطاً.

ولو وَكَّلَ حلالٌ حلالاً ببيع صيد فباعه، ثم أحرم الموكل قبل قبض المشتري، فعلى قياس قول أبي حنيفة (رحمه الله) جاز البيعُ.

وعلى قياس قولهما يبطل، لأَن الإِحرام القائم لا يمنع من جواز التوكيل عنده، فالطارىء لا يبطله، وعندهما القائم يمنع، فالطارىء يبطله، حلالان تبايعا صَيْداً في الحل وهما في الحرم، جاز عند أبي حنيفة، وعند محمد: لا يجوز.

(١) في ط: عن تمليك.

وجه قول محمد أن كون الحرم مأمناً يمنع من التعرض للصيد، سواء كان المتعرض في الحرم أو الحِلِّ، بعد أَن كان المتعرض في الحرم، ألا ترى أنه لا يحل للحلال الذي في الحرم أَنْ يَرْمِي إلى الصيد الذي في الحل؛ كما لا يحل له أن يرمي إليه إذا كان في الحرم.

وجه قول أبي حنيفة (رضي الله عنه) أن كونه في الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل؛ لكن حسًا لا شرعاً؛ بدليل أن الحلال في الحرم إذا أمر حلالاً آخر بذبح صيد في الحل جاز، ولو ذبح حل أكله، ومعلوم أن الأَمر بالذبح في معنى التعرض للصيد فوق البيع والشراء، فلما لم يمنع من ذلك فَلأَن لا يمنع من هذا أَوْلَى، وهذا لأَن المنع من التعرض إِنما كان احتراماً للحرم، فكل ما فيه ترك احترامه يجب صيانة الحرم عنه، وذلك بمباشرة سبب الإِيذاء في الحرم، ولم يوجد في البيع، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ولا بيع لحم السبع؛ لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً، فلم يكن مالاً، وروي عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) أنه يجوز بيعه إذا ذبح؛ لأنه صار طاهراً بالذبح.

وأما جلد السبع والحمار والبغل، فإِن كان مدبوغاً أو مذبوحاً يجوزُ بيعه؛ لأنه مباح الانتفاع به شرعاً؛ فكان مالاً، وَإِن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوحاً لا ينعقد بيعه، لأَنه إذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه، فكان حكمه حكم الميتة، ولا ينعقد بيع جلد الخنزير، كيف ما كان؛ لأَنه نجس العين بجميع أجزائه، وقيل إن جلده لا يحتمل الدباغ.

وأَمَّا عظمُ الميتةِ، وعصبها، وشعرها، وصوفها، ووبرها، وريشها، وخفها، وظلفها، وحافرها - فيجوز بيعُها والانتفاعُ بها عندنا، وعند الشافعي (رحمه الله): لا يجوز؛ بناءً على أن هذه الأَشياء طاهرة عندنا، وعنده نجسة.

واحتج بقوله (سبحانه وتعالى): ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة:٣] وهذه من أجزاء الميتة فتكون حراماً، فلا يجوز بيعها، وقال (عليه الصلاة والسلام): «لاَ تَنْتَفِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ وَلاَ عَصَبٍ»[(١)].

ولنا قوله (سبحانه وتعالى): ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَناً﴾ إلى قوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا.....﴾ الآية [النحل:٨]، أخبر (سبحانه وتعالى) أنه جعل هذه الأَشياء لنا، وَمَنَّ علينا بذلك من غيرِ فصلٍ بين الذكية والميتة؛ فيدلُّ على تأكد الإِباحة، ولأَن حرمة الميتة ليست لموتها، فإِن الموت موجود في السمك والجراد وهما حلالان، قال (عليه الصلاة والسلام): «أُحِلَّ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ»[(٢)] بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدماء النجسة

---

(١) تقدم في الطهارة.

(٢) تقدم.

لانجمادها بالموت، ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتى يجوز بيعه؛ لزوال الرطوبة عنه، ولا رطوبة في هذه الأشياء، فلا تكون حراماً.

ولا حجة له / في هذا الحديث؛ لأن الإِهاب اسمٌ لغير المدبوغ لغةً؛ والمراد من العصب حال الرطوبة يحمل عليه؛ توفيقاً بين الدلائل. ٣/ ٦٩ أ

وأما عظم الخنزير وعصبه، فلا يجوز بيعه؛ لأَنه نجس العين، وأما شعره فقد روي أنه طاهر يجوز بيعه، والصحيح أنه نجس لا يجوز بيعه؛ لأَنه جزء منه، إلا أنه رخص في استعماله للخرازين للضرورة.

وأما عظم الآدمي وشعره فلا يجوز بيعه، لا لنجاسته لأَنه طاهرٌ في الصحيح من الرواية، لكن احتراماً له، والابتذالُ بالبيع يشعر بالإِهانة، وقد روي عن النبيِّ (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «لَعَنَ اللَّهُ الوَاصِلَةَ وَالمُسْتَوْصِلَةَ»[١].

وأما عظمُ الكلبِ وشعره [فقد اختلف المشايخ فيه][٢] على الأَصل الذي ذكرنا، وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) أنه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به، وقال محمد (رحمه الله): عظمُ الفيلِ نجسٌ، لا يجوز بيعُه ولا الانتفاع به، ذكره في «العيون».

ويجوز بيع كل ذي مخلبٍ من الطير، معلّماً كان أو غيرِ معلم، بلا خلاف، وأما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير؛ كالكلب، والفهد، والأسد، والنمر، والذئب، والهرة؛ ونحوها ـ فجائزٌ عند أصحابنا.

وعند الشافعي (رحمه الله): لا يجوز[٣]، ثم عندنا لا فرق بين المعلَّم وغير المعلم في رواية الأصل، فيجوز بيعه كيف ما كان.

وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنه لا يجوز بيع الكلب العقور، واحتج الشافعي (رحمه الله) بما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «وَمِنَ السُّحْتِ مَهْرُ البَغِيِّ، وَثَمَنُ الكَلْبِ»[٤] ولو جاز بيعُه لما كان ثمنه سحتاً؛ ولأنه نجس العين، فلا يجوز بيعه كالخنزير، إلا أنه رخص الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد للحاجة والضرورة، وهذا لا يدل على جواز البيع كما في شعر الخنزير.

---

(١) تقدم.

(٢) في أ: ففيه اختلاف بين مشايخنا.

(٣) مذهب الشافعي إنه لا يحل بيع الكلب أي كلب كان وبه قال الحسن وربيعة وحماد وأحمد والأوزاعي ومالك مالك بيعه لا يجوز وثمنه لا يحل ولكن على قاتله القيمة.

(٤) تقدم.

وَلَنَا: أَن الكلب مالٌ، فكان محلاً للبيع كالصقر والبازي، والدليل على أنه مالٌ أنه مُنْتَفَعٌ به حقيقةً، مباح الانتفاع به شرعاً على الإِطلاق، فكان مالاً، ولا شك أنه منتفعٌ به حقيقةً، والدليل على أنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإِطلاق أَن الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلقٌ شرعاً في الأحوال كلها، فكان محلاً للبيع؛ لأن البيع إذا صادف محلاً منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به [شرعاً][1] على الإطلاق مست الحاجة إلى شرعه، لأن شرعه يقع سبباً ووسيلةً للاختصاص القاطع للمنازعة؛ إذ الحاجة إلى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعاً على الإِطلاق لا فيما يجوز.

وأما الحديث فيحتملُ أنه كان في ابتداء الإِسلام؛ لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، فأمر بقتلها، ونهى عن بيعها؛ مبالغةً في الزجر، أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل.

قوله أنه نجسُ العين؟ قلنا: هذا ممنوعٌ، فإِنه يباح الانتفاع به شراعاً على الإِطلاق اصطياداً وحراسةً، ونجس العين لا يباح الانتفاع به شراعاً إِلاّ في حالة الضرورة؛ كالخنزير، ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال في حق المسلمين، فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشايخنا فلأنه مباحُ الانتفاع به شرعاً، لهم؛ كالخل وكالشاة لنا، فكان مالاً في حَقِّهم، فيجوز بيعُهُ.

وروي عن سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كتب إلى عشاره بالشام أَنْ ولُّوهم بيعَهَا، وخذوا العشر من أثمانها، ولو لم يجز بيع الخمر منهم، لما أمرهم بتوليتهم البيع.

وعن بعض مشايخنا حرمةُ الخمر والخنزير ثابتةٌ على العموم في حقّ المسلم والكافر؛ لأن الكفار مَخَاطَبُونَ بشرائع هي حرمات، هو الصحيح من مذهب أصحابنا، فكانت الحرمة ثابتةٌ في حقهم، لكنهم لا يمنعون عن بيعها؛ لأَنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون.

[ولو اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض، للمشتري أن يفسخ البيع؛ لأن للقبض شبهاً بالعقد، فوقع العجز عن التسليم والقبض فيفسخ؛ كما إذا تعيب قبل القبض][2] ولو باع ذميٌّ من ذميٍّ خمراً أو خنزيراً، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبضِ، يُفسخ البيع؛ لأنه بالإِسلام حرم البيع والشراء، فيحرم القبض والتسليم أيضاً؛ لأنه يشبه الإنشاء، أو إنشاء من وجهِ، فيلحق به في باب الحرمات احتياطاً.

---

(١) سقط من ط. (٢) سقط من ط.

وأصله قوله (تعالى): ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة:٢٧٨] والأمر بترك ما بقي من الربا، هو النهي عن قبضته، يؤيدُهُ قوله (تعالى) في آخر الآية الشريفة: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة:٢٧٩] وإذا حرم القبض والتسليم لم يَكُنْ في بقاء العقد فائدة، فيبطله القاضي كمن باع عبداً فأبق قبل القبض.

ولو كان إسلامهما أو إسلام أحدهما بعد القبض مضى / البيع، لأَن الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر، وإنما يوجد بعد الإسلام دوام الملك، والإسلام لا ينافي ذلك، فإن من تخمر عصيره لا يؤمر بإبطال ملكه فيها، ولو أقرض الذي ذميًا خمراً، ثم أسلم أحدهما، فإن أسلم المقرض سقطت الخمر ولا شيء له من قيمة الخمر على المستقرض. ٣/ ٦٩ ب

أما سقوط قيمة الخمر، فلأن العجز عن قبض المثل جاء من قبله، فلا شيء له، وإن أسلم المستقرض، روي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة (رحمه الله) أنه تسقط الخمر، وليس عليه قيمة الخمر أيضاً؛ كما لو أسلم المقرض.

وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضي عن أبي حنيفة (رضي الله عنهم) أن عليه قيمة الخمر، وهو قول محمد (رحمه الله)، وجه هذه الرواية أن امتناع التسليم من المستقرض إنما جاء لمعنى من قبله، وهو إسلامه، فكأنه استهلك عليه خمره، والمسلم إذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته.

وجه رواية أبي يوسف (رحمه الله) أنه لا سبيل إلى تسليم المثل؛ لأنه يمنع منه، ولا إلى القيمة؛ لأن ذلك يوجب ملك المستقرض، والإسلام يمنع منه، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وأما القرد فعن أبي حنيفة (رضي الله عنه) روايتان.

وجه راوية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعاً، فلا يكون مالاً كالخنزير.

وجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده.

والصحيحُ هو الأول؛ لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادةً، بل للهو به، وهو حرام، فكان هذا بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز.

ويجوز بيع الفيل بالإجماع لأَنه مُنْتَفَعٌ به حقيقةً، مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق، فكان مالاً.

ولا ينعقد بيع الحية والعقرب وجميع هوام الأرض؛ كالوزغة، والضب، والسلحفاة، والقنفذ؛ ونحو ذلك لأَنها محرمة الانتفاع بها شرعاً؛ لكونها من الخبائث، فلم تكن أموالاً، فلم يجز بيعها.

وذكر في «الفتاوى» أنه يجوز بيع الحية التي ينتفع بها للأدوية، وهذا غير سديدٍ؛ لأن المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر والخنزير، وقال النبي (عليه الصلاة والسلام): «لَمْ يُجْعَلْ شِفَاؤُكُمْ فِيمَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ»(١) فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع، ولا ينعقد بيع شيء مما يكون في البحر؛ كالضفدع والسرطان إلا السمك، وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه؛ لأن ما لا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالاً، فلا يكون محلاً للبيع.

وقد روي أَنَّ النبي ﷺ سُئل عن الضفدع يجعل في دواء فنهى عنه، وقال: «خَبِيثَةٌ مِنَ الخَبَائِثِ»(٢).

وذكر أبو بكر الإسكاف (رحمه الله) أنه لا يجوز.

وذكر في الفتاوى أنه يجوز؛ لأن الناس ينتفعون به ولا ينعقد بيع النحل إلاّ إذا كان في كوارته عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل، وروى هشام عن محمد: أنه يجوز بيعه منفرداً من غير كوارته إذا كان مجموعاً، وهو قول الشافعي (رحمه الله)؛ لأن النحل حيوان منتفعٌ به فيجوز بيعه.

ولنا: أنه ليس بمنتفع به، فلم يكن مالاً بنفسه، بل بما يحدث منه، وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها عسل يجوز بيعه تبعاً للعسل، ويجوز أن لا يكون الشيء محلاً للبيع بنفسه مفرداً، ويكون محلاً للبيع مع غيره كالشرب، وأنكر الكرخي (رحمه الله) هذا، فقال إنما يدخل فيه تبعاً إذا كان من حقوقه كما في الشرب مع الأرض، وهذا ليس من حقوقه [فلا يدخل](٣).

وعلى هذا بيع دود القز لا ينعقد إلاّ إذا كان معه قز، وروى محمد أنه يجوز بيعه مفرداً، والحجج على نحو ما ذكرنا في النحل، ولا ينعقد بيع بذر الدود عند أبي حنيفة (رحمه الله) كما لا ينعقد بيع الدود، وعندهما يجوز بيعه.

---

(١) أخرجه أبو يعلى (١٢/ ٤٠٢) رقم (٦٩٦٦) والبزار كما في المجمع (٥/ ٨٩) وابن حبان (١٣٩٧ - موارد) والبيهقي (١٠/ ٥) باب النهي عن التداوي بالمسكر. من حديث أم سلمة، قالت: «اشتكت ابنة لي فنبذت لها في كوز، فدخل النبي ﷺ وهو يغلي، فقال: ما هذا؟ فقلت: إن ابنتي اشتكت فنبذت لها هذا. فقال: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» لفظ البيهقي. وقال الباقون: «لم يجعل شفاءكم في حرام» وذكره الهيثمي في المجمع (٥/ ٨٩) وقال: رواه أبو يعلى والبزار ورجال أبو يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق وقد وثقه ابن حبان وقال النووي في «المجموع (٩/ ٤٣): وأما حديث أم سلمة فرواه أبو يعلى الموصلي في مسنده بإسناد صحيح إلا رجلاً واحداً فإنه مستور والأصح جواز الاحتجاج برواية المستور ورواه البيهقي أيضاً.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سقط من ط.

ووجه الكلام فيه على نحو ما ذكرنا في بيع النحل والدود.

ويجوز بيع السرقين[١] والبعر؛ لأَنه مباحُ الانتفاع به شرعاً على الإطلاق، فكان مالاً، ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة؛ لأنه لا يباح الانتفاع بها بحالٍ، فلا تكون مالاً إلاَّ إذا كان مخلوطاً بالتراب، والترابُ غالبٌ، فيجوز بيعهُ؛ لأَنه يجوز الانتفاع به.

وروي عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) أنه قال: كُلُّ شيء أفسد الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه، ونبين ذلك، وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته؛ كالفأرة إذا وقعت في العجين والسمن المائع.

وكذلك قال محمدٌ في الزيت إذا وقع فيه [ودكُ[٢] الميتة: أنه إن كان الزيت غالباً يجوز بيعُهُ، وإن كان الودك غالباً لا يجوز بيعه][٣]؛ لأن الحلال إذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحاً ودبغاً على ما ذكرنا في «كتاب الطهارات» فكان مالاً فيجوز بيعُهُ، وإذا كان الحرام هو الغالب لم يجز الانتفاع به بوجهٍ، فلم يكن مالاً فلا يجوز بيعه.

ويجوز بيع آلات الملاهي مِنَ البربط والطبل والمزمار والدف؛ ونحو ذلك عند أبي حنيفة، لكنه يكره.

وعند أبي / يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الأشياء؛ لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد، فلا تكون أموالاً فلا يجوز بيعها. ٣/ ٧٠ أ

ولأبي حنيفة (رحمه الله) أنه يمكن الانتفاع بها شرعاً من جهة أخرى بأن تجعل ظروفاً لأشياء ونحو ذلك من المصالح، فلا تخرج عن كونها أموالاً، وقولهما أنها آلات التلهي والفسق بها، قلنا: نعم، لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها؛ كالمغنيات، والقيان، وبدن الفاسق، وحياته، وماله، وهذا لأَنها كما تصلح للتلهي تَصْلُحُ لغيره على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها، لا بجهة الحرمة، ولو كسرها إنسانٌ ضمن عند أبي حنيفة (رحمه الله)، وعندهما: لا يضمن.

وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج، والصحيحُ قولُ أبي حنيفة (رضي الله عنه) لأَن كُلَّ واحدٍ منهما منتفعٌ به شرعاً من وجه آخر، بأن يجعل صنجات الميزان، فكان مالاً من هذا الوجه، فكان محلاً للبيع مضموناً بالإتلاف.

---

(١) السرقين: الزِّبْلُ. المعجم الوسيط (سرقن).

(٢) ودك الميتة: ما يسيل منها. المعجم الوسيط (ودك).

(٣) بدل ما بين المعكوفين في أ: فأرة.

ويجوز بيعُ ما سوى الخمر من الأَشربة المحرمة؛ كالسُّكَرِ ونقيعِ الزبيبِ والمُنَصَّفِ؛ ونحوها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمدٍ: لا يجوز؛ لأَنه إذا حرم شربها لم تكن مالاً، فلا تكون محلاً للبيع كالخمر؛ ولأن ما حرم شربه لا يجوز بيعُهُ؛ لما روي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «لَعَنَ اللَّهُ اليَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ الشُّحُومُ فَجَمَلُوها وباعُوهَا، وَإِنَّ اللَّهَ (تَعَالَى) إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ بَيْعَهُ وَأَكْلَ ثَمَنِهِ»[1].

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٤٢٤) كتاب البيوع: باب بيع الميتة والأصنام حديث (٢٢٣٦) ومسلم (٣/ ١٢٠٧) كتاب المساقاة: باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام حديث (٧١/ ١٥٨١) وأحمد (٣/ ٣٢٤، ٣٢٦) وأبو داود (٣/ ٧٥٦ ـ ٧٥٧) كتاب البيوع: باب في ثمن الخمر والميتة حديث (٣٤٨٦) والترمذي (٣/ ٥٩١) كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام حديث (١٢٩٧) والنسائي (٧/ ٣٠٩ ـ ٣١٠) كتاب البيوع: باب بيع الخنزير، وابن ماجه (٢/ ٧٣٢) كتاب التجارات: باب ما لا يحل بيعه حديث (٢١٦٧). وأبو يعلى (٣/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦) رقم (١٨٧٣) وابن الجارود (٥٧٨) والبيهقي (٦/ ١٢) كتاب البيوع باب تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام. والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢١٨ ـ بتحقيقنا) من طريق يزيد بن أبي حبيب عن عطاء بن أبي رباح عن جابر به.

وقال الترمذي: حسن صحيح. وفي الباب عن عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو هريرة وعبد الله بن عمر ويحيى بن عباد. وأنس بن مالك.

حديث عمر بن الخطاب:

أخرجه البخاري (٤/ ٤٨٣) كتاب البيوع: باب لا يذاب شحم الميتة ويباع ودكه حديث (٢٢٢٣) ومسلم (٣/ ١٢٠٨) كتاب المساقاة): باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام حديث (١/ ١٨٥٢) والنسائي (٧/ ١٧٧) كتاب الفرع والعتيرة: باب النهي عن الانتفاع بما حرم الله عز وجل وابن ماجه (٢/ ١١٢٢) كتاب الأشربة: باب التجارة في الخمر حديث (٣٣٨٣) والدارمي (٢/ ١١٥) كتاب الأشربة: باب النهي عن الخمر وشرائها وأحمد (١/ ٢٥) والحميدي (١/ ٩) رقم (١٣) وعبد الرزاق (٨/ ١٩٥ ـ ١٩٦) رقم (١٤٨٥٤) وابن الجارود رقم (٥٧٧) وأبو يعلى (١/ ١٧٨) رقم (٢٠٠) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٢٠ ـ ٢٢١ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس قال: بلغ عمر أن فلاناً باع خمراً فقال: قاتل الله فلاناً ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها».

حديث ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٢٤٧، ٢٩٣) وأبو داود (٢/ ٣٠٢) كتاب البيوع: باب في ثمن الخمر والميتة حديث (٣٤٨٨) والبيهقي (٦/ ١٣) كتاب البيوع: باب تحريم بيع ما يكون نجساً لا يحل أكله لهم من طريق أبي الوليد عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ جالساً عند الركن قال: فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: لعن الله اليهود ثلاثاً: «إن الله تعالى حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه».

حديث أبي هريرة:

أخرجه البخاري (٤/ ٤٨٤) كتاب البيوع: باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه حديث (٢٢٢٤) ومسلم (٣/ ١٢٠٨) كتاب المساقاة: باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام حديث (١٥٨٣)=

ولأبي حنيفة (رحمه الله) أن حرمة هذه الأَشربة ما ثبتت بدليل متيقن مقطوع به؛ لكونها محل الاجتهاد، والمالية قبل حدوث الشدة، كانت ثابتة بيقين، فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد، فبقيت أموالاً، وبه تبين أن المراد من الحديث محرم ثبتت حرمتُهُ بدليلٍ مقطوعٍ به، ولم يوجد ههنا؛ بخلاف الخمر؛ لأن حرمتها ثبتت بدليل مقطوعٍ به، فبطلت ماليتُها، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ولا ينعقد بيعُ الملاقيح والمضامين[1] الذي ورد النهي عنه، لأَن المضمونَ ما في صُلْبِ الذَّكَرِ، والملقوحَ: ما في رحم الأُنثى، وذلك ليس بمالٍ.

وعلى هذا أيضاً يخرج بيع عَسْبِ الفَحْلِ، لأَن العَسْبَ هو الضرب[2]، وأنه ليس بمالٍ،

= من طريق سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: قاتل الله يهوداً حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها.

حديث عبد الله بن عمر:

أخرجه أحمد (٢/ ٢١٣) عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ عام الفتح يقول: إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير فقيل يا رسول الله: أرأيت شحوم الميتة فإنه يدهن به الجلود ويستصبح بها الناس فقال لا هي حرام ثم قال: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم الشحوم جملوها ثم باعوها فأكلوا ثمنها».

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٩٤) وقال: رواه أحمد والطبراني في الأوسط إلا أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وثمن الخنزير وعن مهر البغي وعن عسب الفحل. ورجال أحمد ثقات وإسناد الطبراني حسن.

حديث يحيى بن عباد:

ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٩٢) عنه قال: أهدي للنبي ﷺ رق خمر بعدما حرمت فلما أتى بها النبي ﷺ فقال: إن الخمر قد حرمت فقال بعضهم لو باعوها فأعطوا ثمنها فقراء المسلمين فأمر بها النبي ﷺ فأهريقت في وادي من أودية المدينة وقال: لعن الله اليهود حرمت عليهم شحومها فباعوها وأكلوا أثمانها. قال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه أشعث بن سوار وهو ثقة وفيه كلام.

حديث أنس بن مالك:

أخرجه أحمد (٣/ ٢١٧) وأبو يعلى (٥/ ٣٨٢) رقم (٣٠٤٢) وابن حبان (١١١٩ ـ موارد) من طريق عبد الرزاق وهو في مصنفه (٩/ ٢١١ ـ ٢١٢) رقم (١٦٩٧٠) من حديث أنس بن مالك مرفوعاً بلفظ: قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها.

(١) قال أبو إسحاق الشاطبي: بيع الأخبة لا يجوز ويفسخ، وإن قبضها المشتري ردت، فإن فاتت كانت عليه القيمة. وروى مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب مرسلاً، لا ربا في الحيوان، وإنما نهى فيه عن ثلاثة) «المضامين والملاقيح وحبل الحبلة» قال مالك: المضامين بيع ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح بيع ما في ظهور الفحول، وحبل الحبلة بيع الجزور إلى أن ينتج نتاج الناقة: يعني البيع مع تأجيل الثمن إلى نتاج نتاج الناقة.

(٢) في أ: الضراب.

وقد يخرج على هذا بيع الحمل أنه لا ينعقد، لأَن الحمل ليس بمالٍ، ولا ينعقد بيع لبن المرأة في قدح عندنا.

وقال الشافعي (رحمه الله): يجوزُ بيعُهُ.

وجه قوله أَنَّ هذا مشروب طاهر، فيجوز بيعه كلبن البهائم والماء.

ولنا أن اللبن ليس بمالٍ، فلا يجوز بيعه، والدليل على أنه ليس بمال إجماع الصحابة (رضي الله عنهم)، والمعقول:

أما إجماعُ الصحابة (رضي الله تعالى عنهم) فما روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي (رضي الله تعالى عنهما) أنهما حَكَما في ولد المغرور بالقيمة وبالعقر بمقابلة الوطء، وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك، ولو كان مالاً لحَكَمَا؛ لأن المستحق يستحقُّ بَدَلَ إِتلافِ ماله بالإِجماع، ولكان إِيجاب الضمان بمقابلته أولى من إيجاب الضمان بمقابلة منافع البضع؛ لأنها ليست بمالٍ، فكانت حاجة المستحق إلى ضمان المال أولى، وكان ذلك بمحضر من الصحابة (رضي الله عنهم) ولم ينكر عليهما أحدٌ، فكان إِجماعاً.

وأما المعقول: فهو لأَنه لا يباح الانتفاع به شرعاً على الإِطلاق، بل لضرورة تغذية الطفل، وما كان حرام الانتفاع به شرعاً إِلاَّ لضرورة، لا يكون مالاً كالخمر والخنزير.

والدليل عليه أن الناس لا يعدونه مالاً ولا يباع في سوق ما من الأسواق، دَلَّ أنه ليس بمالٍ، فلا يجوز بيعُهُ؛ ولأنه جزء من الآدمي، والآدميُّ بجميع أجزائه محترمٌ مكرمٌ، وليس من الكرمةِ والاحترامِ ابتذاله بالبيع والشراء، ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الأمة في ظاهر الرواية، وعند أبيَ يوسف (رحمه الله) أنه يجوز بيع لبن الأمة؛ لأَنه جزء من آدميٍّ، هو مالٌ، فكان محلاً للبيع كسائر أجزائه.

ولنا: أَنَّ الآدميَّ لم يجعل مَحَلاً للبيع إِلاَّ بحلول الرق فيه، والرقُّ لا يحل إِلاَّ في الحيِّ واللبن لا حياة فيه، فلا يحله الرق، فلا يكون محلاً للبيع.

سفلٌ وعلوٌ بين رجلين انهدما، فباع صاحبُ العلو علوه لم يجز؛ لأن الهواء ليس بمال، ولو جمع بين ما هو مالٌ وبين ما ليس بمالٍ في البيع؛ بأنْ جمع بين حُرٍّ وعبد أو بين عصير وخمراً أو بين ذكية وميتة، وباعهما صفقةً واحدةً، فإن لم يُبين حِصَّةَ كل واحد منهما من الثمن، لم ينعقد العقد أصلاً بالإِجماع، وإِن بَيَّنَ فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في العصير والعبد والذكية، ويبطل في الحر والخمر والميتة.

ولو جمع بين قن ومدبر، أو أم ولد ومكاتَب، أو بين عبده وعبد غيره، وباعهما صفقة واحدة، جاز البيع في عبده بلا خلاف.

وجه / قولهما أن الفساد بقدر المفسد؛ لأن الحكم يثبت بقدر العلة والمفسد خص ٣/ ٧٠ ب
أحدهما، فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة، فلو جاء الفساد إنما يجيء من قبل جهالة الثمن، فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن، فقد زال هذا المعنى أيضاً؛ ولهذا جاز بين القن إذا جمع بينه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهما صفقة واحدةً؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة (رضي الله عنه) أن الصفقة واحدة، وقد فسدت في أحدهما، فلا تصح في الآخر.

والدليل على أن الصفقة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر، والبائع واحدٌ والمشتري واحدٌ، وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما، لا يمنع اتحاد الصفقة، دَلَّ أن الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين، فلا يصح في الآخر؛ لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة؛ ولهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً، فكذا إذا سمى؛ لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفة لاتحاد البيع والعاقدين، بخلاف الجمع بين العبد والمدبر؛ لأن هناك الصفقة ما فسدت في أحدهما بيقين، بل بالاجتهاد الذي يحتمل الصواب والخطأ، فاعتبر هذا الاحتمال في تصحيح الإضافة إلى المدبر ليظهر في حق القن إن لم يكن إظهاره في حقه، ولأنه لما جمع بينهما في الصفقة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرط القبول في الآخر؛ بدليل أنه لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يصح، والحرُّ لا يحتمل قبول العقد فيه، فلا يصح القبول في الآخر، بخلاف المدبر؛ لأنه محل لقبول العقد فيه في الجملة فصح قبول العقد فيه، إلا أنه تعذر إظهاره فيه بنوع اجتهاد، فيجب إظهاره في القن؛ ولأن في تصحيح العقد في أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام؛ لأنه أوجب البيع فيهما، فالقبول في أحدهما يكون تفريقاً، وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا جمع بين القن والمدبر، لأن المدبر محل لقبول البيع فيه؛ لكونه مملوكاً له إلا أنه لم ينفذ للحال مع احتمال النفاذ في الجملة بقضاء القاضي لحق المدبر، وهذا يمنع محلية القبول في حق نفسه لا في صاحبه، فيجعل محلاً في حق صاحبه.

والدليلُ على التفرقة بين الفصلين أن الحكم ههنا يختلف بين أن يسمي لكل واحد منهما ثمناً أو لا يسمي، وهناك لا يختلف، دل أن الفرق بينهما لما ذكرنا.

وعلى هذا الخلاف إذا جمع بين شاة ذكية وبين متروك التسمية عمداً، ثم إذا جاز البيع في أحدهما عندهما، فهل يثبت الخيار فيه؟

إن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقتَ عليه، وإن لم يعلم لا؛ لأنه رضي بالتفريق، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ومنها: أن يكون مملوكاً لأن البيع تمليكٌ، فلا ينعقد فيما ليس بمملوك، كمن باع الكلأ في أرض مملوكة [له][1] والماء الذي في نهره أو في بئره؛ لأن الكلأ وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح؛ وكذلك الماء ما لم يوجد الأَحراز.

قال النبي ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاَثٍ»[2] والشركة العامة هي الإِباحة، سواء خرج الكلأ بماء السماء من غير مؤنة أو ساق الماء إلى أرض ولحقه مؤنة؛ لأن سوق الماء إليه ليس بإحرازٍ، فلم يوجد سبب الملك فيه فبقي مباحاً كما كان؛ وكذا بيع الكمأة وبيع صيد لم يوجد في أرضه لا ينعقد؛ لأنه مباحٌ غير مملوك[3]؛ لانعدام سبب الملك فيه، وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التي في البراري والطير الذي لم يصد في الهواء والسمك الذي لم يوجد في الماء.

وعلى هذا يخرج بيع رباع مكة[4] وإِجارتها أنه لا يجوز عند أبي حنيفة (رضي الله عنه).

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٠) كتاب البيوع: باب في منع الماء حديث (٣٤٧٧) وأحمد (٥/ ٣٦٤) والبيهقي (٦/ ١٥٠) كتاب إحياء الموات: باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة كلهم من طريق حريز بن عثمان ثنا أبو خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار».

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون: باب المسلمون شركاء في ثلاث حديث (٢٤٧٣) حدثنا محمد بن عبد الله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار».

وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦ ـ ٢٦٧): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات محمد بن عبد الله بن يزيد المقري أبو يحيى المكي وثقه النسائي وابن أبي حاتم ومسلمة الأندلسي والخليل وغيرهم وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين. اهـ.

وللحديث شاهد أيضاً من حديث ابن عباس.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون: باب المسلمون شركاء في ثلاث حديث (٢٤٧٢) من طريق عبد الله بن خراش بن حوشب الشيباني عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وثمنه حرام».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦): هذا إسناد ضعيف عبد الله بن خراش ضعفه أبو زرعة والبخاري والنسائي وابن حبان وغيرهم.

(٣) في أ: مأكول.

(٤) مذهب الحنفية، أن بيع دور مكة وكراءها لا يجوز، وهو رواية عن أحمد. قال ابن المنير في المقتفى: وهو أحد قولي مالك والمشهور منه. واحتج أبو حنيفة بما رواه عن عبيد الله بن أبي يزيد كذا قال عن ابن أبي نجيح عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله : «مكة حرام وحرام بيع رباعها، وحرام أجر =

....

= بيوتها»، قال الدارقطني: كذا رواه أبو حنيفة مرفوعاً، وهو وهم والصحيح أنه موقوف قال: ووهم أيضاً في قوله ابن أبي يزيد. والصواب ابن أبي زياد القداح. وروى الحاكم في المستدرك من طريق إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه عن عبد الله بن باباه عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً: مكة مباح لا تباع رباعها، ولا تؤاجر بيوتها. وقال: صحيح الإسناد. ولم يخرجاه، وشاهده حديث أبي حنيفة انتهى. وإسماعيل قال فيه البخاري: منكر الحديث وضعفه يحيى والنسائي وقال ابن حبان: كان فاحش الخطأ. وأبوه ضعفه يحيى بن معين. وقال أبو حاتم: منكر الحديث. وفي سنن ابن ماجه عن عثمان بن أبي سليمان عن علقمة بن نضلة: توفي رسول الله ﷺ، وأبو بكر وعمر. وإن دور مكة كانت تدعى: السوائب. من احتاج سكن. ومن استغنى أسكن. وفي سنن الدارقطني من حديث ابن أبي نجيح عن عبد الله بن عمر ويرفعه: من أكل من كراء بيوت مكة أكل ناراً. وابن أبي نجيح: هو عبد الله بن يسار لم يدرك عبد الله. وفي مصنف ابن أبي شيبة عن مجاهد قال النبي ﷺ: «مكة حرام حرمها الله لا يحل بيع رباعها، ولا إجارة بيوتها»، وكان عطاءٌ يكره إجارة بيوتها والقاسم وعبد الله بن عمر. وروي عن محمد بن علي: لم يكن لدور مكة أبواب وحكي عن عثمان أنه قال: رباعي التي بمكة يسكنها بنيَّ ويُسكنونها من أحبوا. وكره بيعها مجاهد وعطاءٌ وطاوس. وكان عمر بن الخطاب يأمر بنزع أبواب دور مكة إذا قدم الحاج. قال السهيلي: وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عامله بمكة، أن ينهي أهلها عن كراء دورها إذا جاء الحاج فإن ذلك لا يحل لهم. وعن مالك: إن كان الناس ليضربون فساطيطهم بدور مكة لا ينهاهم أحد، واحتجوا أيضاً بأن الله تعالى أطلق على مكة كلها مسجداً بقوله: ﴿سبحانَ الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام﴾ وإنما كان الإسراءُ من بيت أم هانىء، وغيره من البيوت داخل في لفظ المسجد، والمسجد لا يباع ولا يؤجر وعورض هذا بأن الإجماع قائم على جواز الوطء، وغيره من الأحوال التي لا تسوغ في المسجد فيها فلو كان اسم المسجد يستلزم حكم المسجد لزم ألا يجوز فيها حالة من الحالات المنافية للمسجد. وأجاب ابن المنير أيضاً، بأن العام إذا خصص بقي ما عداه على أصل العموم فلا يلزم من جواز تلك الأحوال فيها بدليل الإجماع جواز غيرها من البيع والإجارة إلا بقيد جامع مستأنف. ولو فرض قياس كان النص أو العرف يدفعه، قلت: بل الجواز دل عليه النص كما سيأتي، وأيضاً. فإطلاق لفظ المسجد على دور مكة أو على الحرم كلها مجاز من باب التغليب. لا من باب حقيقة اللفظ وقد قال سبحانه: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شطرَ المسجد الحرام﴾ ولم يكتف أحد من المسلمين باستقبال المسجد المحيط بالكعبة فضلاً عن بقية دور مكة بل أجمعوا على أن المراد بالمسجد الحرام في هذه الآية، الكعبة فقط، وهو حقيقة اللفظ ولا يتبادر الذهن إلى إرادة مكة كلها إلا بقرينة، وحينئذٍ يبطل ما بنى عليه ابن المنير من منع بيع دور مكة لإطلاق المسجد عليها، وليس مأخذ منع البيع وعدمه ذلك بل مأخذه الخلاف في أنها فتحت صلحاً أو عنوة. وذهب الشافعي وأحمد في رواية وغيرهما إلى جواز بيعها وكرائها، وأن دورها وأراضيها باقية على ملك أربابها يجوز لهم التصرف فيها، ببيع ورهن وإجارة ووقف، وكذا سائر دور الحرم وأراضيه، وللشافعي فيه مناظرة مع إسحاق بن راهويه فروى البيهقي بسنده إلى إبراهيم بن محمد الكوفي قال: رأيت الشافعي يفتي الناس ورأيت إسحاق بن راهويه وأحمد بن حنبل حاضرين قال أحمد بن حنبل لإسحاق: يا أبا يعقوب تعالَ حتى أريك رجلاً لم تر عيناك مثله فقال إسحاق: لم تر عيناي مثله!! قال: نعم. فجاء فأوقفه على الشافعي فذكر القصة إلى أن قال: ثم تقدم إسحاق إلى مجلس =

....

= الشافعي وهو مع خاصته جالس فسأله عن سكنى بيوت مكة، أراد الكراء فقال له الشافعي: عندنا جائز، قال رسول الله ﷺ، وهل ترك لنا عقيل من دار فقال له إسحاق: أتأذن لي في الكلام فقال: تكلم. فقال: حدثنا يزيد عن هشام عن الحسن: أنه لم يكن يرى بذلك (بأساً وأخبرنا أبو القاسم وغيره عن سفيان عن منصور عن إبراهيم أنه لم يكن يرى بذلك). وعطاءٌ وطاوس لم يكونا يريان بذلك، فقال الشافعي لبعض من عرفه: من هذا؟ فقال: إسحاق بن راهويه الحنظلي الخراساني. فقال له الشافعي: أنت الذي يزعم أهل خراسان أنك فقيههم. فقال إسحاق: هكذا يزعمون. قال الشافعي: ما أحوجني إلى أن يكون غيرك في موضعك فكنت آمر بعرك أذنيه. أنا أقول: قال رسول الله ﷺ. وأنت تقول: عطاءٌ وطاوس وإبراهيم والحسن، هؤلاء لا يرون ذلك. هل لأحد مع رسول الله ﷺ حجة؟ فذكر قصته، إلى أن قال: قال الشافعي: قال الله ﴿لِلْفقراء المهاجرين الذين أُخرجوا من ديارهم﴾ فنسب الديار إلى المالكين أو إلى غير المالكين؟ قال إسحاق: للمالكين. فقال الشافعي: قول الله تعالى أصدق الأقاويل. وقد قال رسول الله ﷺ: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»، فنسب الديار إلى مالك أو إلى غير مالك؟ فقال إسحاق: إلى مالك. فقال الشافعي: وقد اشترى عمر بن الخطاب دار الحجامين وأسكنها، وذكر جماعة من الصحابة، فقال له إسحاق: اقرأ أول الآية. قال الله عز وجل: ﴿سواءً العاكفُ فيه والبادِي﴾ فقال الشافعي: لو كان هذا كما تزعم لكان لا يجوز لأحد أن ينشد فيها ضالة، ولا ينحر فيها البدن، ولا تلقى فيها الأرواث. ولكن هذا في المسجد خاصة. قال: فسكت إسحاق. ولم يتكلم، فسكت عنه الشافعي رحمهما الله. وروى البيهقي عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿سواءً العاكف فيه والبادي﴾ يقول: من أهل مكة وغيرهم في المسجد الحرام. قال البيهقي، وما يروى عن إسماعيل بن إبراهيم بن حماد عن أبي عن ابن عمر عن النبي ﷺ. قال: مكة مباح لا تباع رباعها ولا تؤجر. فإسماعيل وأبوه ضعيفان. قال: وما روي عن علقمة بن نضلة الكناني أنه قال: يعني الحديث السابق من جهة ابن ماجه فهو إخبار عن عادتهم الكريمة من إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم قال: وقد روينا جواز البيع وجواز الإرث كثيراً فاشترى نافع بن عبد الحارث من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب. وقال الزبير: باع حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف وذكر الدارقطني في اسماءِ رجال الموطأ أن حكيم بن حزام باع دار الندوة في الإسلام بمائة ألف درهم. وذلك في زمن معاوية، فلامه معاوية في ذلك، وقال أبعت مكرمة أبائك وشرفهم؟ فقال حكيم: ذهبت المكارم إلا بالتقوى. ولقد اشتريتها في الجاهلية بزق خمر وبعتها بمائة ألف. وأشهدكم أن ثمنها في سبيل الله، فأينا المغبون؟ والندوة بالنون هي الدار التي كانوا يجتمعون فيها للتشاور، ولفظها مأخوذ من لفظ الندى، والنادي، وهو مجلس القوم الذي يندون حوله، أي يذهبون قريباً منه وقال ابن المنذر في الإشراف، كان أحمد بن حنبل يتوقى الكراء في المواسم، ولا يرى بأساً بالشراء، واحتج بأن عمر بن الخطاب اشترى دار السجن بأربعة آلاف وحكى ابن أبي شيبة عن مجاهد قال: لا أرى به بأساً وحكى الطحاوي عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس ببيع أرضها وإجارتها كسائر البلدان. قال الطحاوي: اعتبرنا ذلك فوجدنا المسجد الحرام الذي كل الناس فيه سواءً لا يجوز لأحد أن يبني فيه بيتاً ولا يحتجر منه موضعاً وكذا حكم جميع المواضع التي لا ملك لأحد فيها وجميع الناس فيها سواءٌ.

ألا ترى أن عرفة لو أراد رجل أن يبني في المكان الذي يقف الناس فيه لم يكن له ذلك؟ (وكذلك منى) قالت عائشة: يا رسول الله ألا نتخذ لك بمنى شيئاً تستظل به. قال: يا عائشة إن منى مباح لمن سبق. =

وروي عنه أنه لا يجوز، وبه أخذ الشافعي (رحمه الله) لعمومات البيع من غير فصلٍ بين أرضِ الحرم وغيرها، ولأَن الأَصل في الأَراضي كلها أن تكون محلاً للتمليك، إلاَّ أنه امتنع تملك بعضها شرعاً لعارضِ الوقف؛ كالمساجد ونحوها ولم يوجد في الحرم فبقي محلاً للتمليك.

ولنا ما روي عن ابن عباس (رضي الله تعالى عنهما) عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ (تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ): حَرَّمَ مَكَّةَ يَوْمَ خَلَقَهَا، لَمْ تَحِلَّ لأَحَدٍ قَبْلِي وَلاَ تَحِلُّ لأَحَدٍ بَعْدِي، وَإِنَّمَا أُحِلَّتْ لِي سَاعَةٍ مِنْ نَهَارٍ، لاَ يُخْتَلَىٰ خَلاَهَا، وَلاَ يُعْضَدُ شَجَرُهَا، وَلاَ يُنَفَّرُ صَيْدُهَا، وَلاَ يُحْتَشُّ حَشِيشُهَا»[1] أخبر (عليه الصلاة والسلام) أن مكة حرام، وهي اسم للبقعة، والحرام لا يكون محلاً للتمليك.

وروي عن عبد الله بن سيدنا عمر (رضي الله تعالى عنهما) عَنِ النبيِّ (عليه الصلاة

= رواه الترمذي. وقال حسن. والحاكم وقال: صحيح على شرط البخاري. قال الطحاوي: ورأينا مكة شرفها الله على غير ذلك قد أجيز فيها البناء. وقال ﷺ: من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق عليه بابه فهو آمِن. فأثبت لهم أملكة كريمة قال السهيلي والقرطبي شارح مسلم: والخلاف منتزع من أصلين، أحدهما قوله تعالى: ﴿والمسجدِ الحرام الذي جعلناه للناس سواءً العاكف فيه والباد﴾ وأن الضمير هل يرجع إلى المسجد الحرام أو إلى البلد. والثاني أن رسول الله ﷺ دخلها عنوة غير أنه مَنَّ على أهلها بأنفسهم وأموالهم ولا يقاس عليها غيرها من البلاد كما ظن بعضهم، لأنها مخالفة لغيرها من وجهين أحدهما: ما خص الله (به) رسوله، فإنه قال: ﴿قل الأنفالُ لله والرسول﴾ والثاني: ما خص الله تعالى به مكة من أنه لا تحل غنائمها، ولا تلتقط لُقَطَتها، وهي حرم الله وأمنه. فكيف تكون أرضها أرض خراج؟ فليس لأحد فتح بلداً أن يسلك بها مسلك مكة، فأرضها أو دورها لأهلها، ولكن أوجب الله تعالى عليهم أن يوسعوا على الحاج إذا قدموها من غير كراءٍ، فهذا حكمها، فلا عليك بعد هذا فتحت عنوة أو صلحاً. وإن كان ظاهر الأحاديث أنها فتحت عنوة أي كما هو مذهب الحنفية، ومذهب الشافعي أنها فتحت صلحاً، واحتواءُ أبي طالب على أملاك عبد المطلب يدل على ذلك وهو كان أكبر أولاده حين وفاته على عادة الجاهلية. قال القرطبي: من قال: إنها فتحت عنوة كانت مغنومة لكن النبي ﷺ لم يقسمها، وأقرها لأهلها، ولمن جاء بعدهم كما فعل عمر بالأرض المغنومة فتبقى على ذلك، لا تباع، ولا تكرى، ومن قال إنها فتحت صلحاً كالشافعي فتبقى ديارهم في أملاكهم لكن مالك يقول إنها فتحت عنوة مع تجويز بيعها، راعى الخلاف على أصله في مراعاة الخلاف الظاهر وتكون فائدة حكمه بالكراهة أن من باع شيئاً منها أو أكراه لا ينفسخ عنده، ويمضي غير أنه لا يشرع الإقدام عليه.

فائدة: الخلاف السابق إنما هو في نفس الأرض فأما البناء والمساكن فيجوز بيعها بلا خلاف.

قال الروياني: ولا يكره بيع شيءٍ من الأرض إلا أراضي مكة، فيكره بيعها للخلاف. وكذا إجارتها. قال النووي: وهذا غريب والأحسن أن يقال: إنه خلاف الأولى. ينظر: اعلام الساجد من ص (١٤٤ ـ ١٥٢).

(١) تقدم.

والسلام) أنه قال: «مَكَّةُ حَرَامٌ، وَبَيْعُ رِبَاعِهَا حَرَامٌ»[١] وهذا نصٌّ في الباب، ولأَن الله (تبارك وتعالى) وضع للحرم حرمة وفضيلة، ولذلك جعله (سبحانه وتعالى) مأمناً؛ قال الله (تبارك وتعالى / جلَّ شأنه): ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَماً آمِناً﴾ [العنكبوت:٦٧] فابتذاله بالبيع والشراء والتمليك والتملك، امتهانٌ، وهذا لا يجوز بخلاف سائر الأَراضي. ٣/ ٧١ أ

وقيل إِن بقعة «مَكَّة» وقف حرم سيدنا إبراهيم (عليه الصلاة والسلام)، ولا حجة في العمومات؛ لأنه خص منها الحرم بالحديث المشهور، ويجوز بيع بناء بيوت مكة؛ لأَنَّ الحرم للبقعة لا للبناء.

وروي عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) أنه قال: كره إِجارة بيوت مكة في الموسم من الحاج والمعتمر، فأما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك، وهو قول محمد (رحمه الله).

ويجوز بيعُ أراضي الخراج والقطيعة والمزارعة والإِجارة والإِكارة، والمراد من الخراج أرض سواد العراق التي فتحها سيدنا عمر (رضي الله تعالى عنه)، لأَنه مَنَّ عليهم وأقرهم على أراضيهم، فكانت مبقاة على ملكهم، فجاز لهم بيعُها، وأرض القطيعة هي الأَرض التي أقطعها[٢] الإِمام لقومٍ وخصهم بها، فملكوها بِجَعْلِ الإِمامِ لهم، فيجوز بيعُها.

وأرض المزارعة أن يدفع الإِنسان أرضه إِلى مَنْ يزرعها ويقوم بها، وبهذا لا تخرج عن كونها مملوكة.

وأرض الإِجارة هي الأَرض التي يأخذها الإِنسان من صاحبها ليعمرها ويزرعها.

وأرض الإِكارة التي في أيدي الأَكرة، فيجوز بيع هذه الأَرض، لأَنها مملوكة لأَصحابها.

وأما أرض الموات التي أحياها رجلٌ بغير إِذن الإِمام، فلا يجوز بيعُها عند أبي حنيفة (رضي الله عنه)، لأَنها لا تملك بدون إِذن الإِمام، وعندهما يجوز بيعها؛ لأَنها تملك بنفس الإِحياء، والمسألة تذكر في كتاب «إِحياء الموات».

وذكر القدوري (رحمه الله) أنه لا يجوز بيع دور بغداد وحوانيت السوق التي للسلطان عليها غلَّة؛ لأَنها ليست بمملوكة؛ لما روي أن المنصورَ أَذِنَ للناس في بنائها، ولم يجعل البقعة ملكاً لهم، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ومنها: وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكاً للبائع عند البيع، فإِن لم يكن لا ينعقد، وإِن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إِلا السلم خاصَّةً، وهذا بيع ما ليس عنده، ونهى رسول الله ﷺ، عن بَيْعِ ما ليس عند الإِنسان، ورَخَّصَ في السَّلَمِ.

---

(١) تقدم. (٢) في ط: قطعها.

ولو بَاعَ المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه؛ لأن سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه، وههنا تأخر سبب الملك فيكون بائعاً ما ليس عنده، فدخل تحت النهي، والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكاً؛ لأَن قصة الحديث تَدُلُّ عليه، فإنه روي أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها، ويأخذُ الثمنَ منهم، ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم، فبلغ ذلك رسولَ الله ﷺ فقال: «لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[1] ولأَن بيع ما ليس عنده بطريق الأَصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأَصالة، وأنه محال، وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأَصالة عن نفسه.

فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره، ينظر إن كان البائع وكيلاً وكفيلاً فيكون المبيع مملوكاً للبائع ليس بشرط، وإن كان فضوليًا فليس بشرط للانعقاد عندنا، بل هو من شرائط النفاذ، فإن بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك، فإن أجاز نفد، وإن رد بَطَلَ.

وعند الشافعيّ (رحمه الله) هو شرط الانعقاد، لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطلٌ عنده، وسيأتي، إن شاء الله (تعالى).

ومنها: أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد، وإن كان مملوكاً له كبيع الآبق[2]، في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٦٨ ـ ٨٦٩) كتاب البيوع: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده حديث (٣٥٠٣) والترمذي (٣/ ٥٣٤) كتاب البيوع: باب كراهية بيع ما ليس عندك حديث (١٢٣٢) والنسائي (٧/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب بيع ما ليس عند البائع وابن ماجه (٢/ ٧٣٧) كتاب التجارات: باب النهي عن بيع ما ليس عندك حديث (٢١٨٧) وأحمد (٣/ ٤٠٢، ٤٣٤) وابن الجارود رقم (٦٠٢) والبيهقي (٥/ ٣١٧) كتاب البيوع: باب ما ورد في كراهية البايع بالعينة، والطبراني في «الصغير» (٢/ ٤) من حديث حكيم بن حزام.

(٢) وبيع الآبق إباقاً مطلقاً بالنسبة إلى البائع والمشتري، منهي عنه، وسواء أقال المشتري هو عند فلان واعترف فلان به أم لم يقل ذلك؛ لأن البائع في كلتا الحالتين عاجز عن تسليمه للمشتري، ففيما إذا لم يقل هو عند فلان عجزه ظاهر.
وكذلك إذا قال هو عنده، لأنه آبق بالنسبة لهما، إذ لا يقدر البائع على تسليم ما في يد غيره.
أما حديث النهي عن بيع الآبق فما روي عن أبي سعيد الخدريّ رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضروعها، وعن بيع العبد وهو آبق».
واتفق العلماء على أن مثار النهي عن بيع الآبق هو عجز البائع عن تسليمه للمشتري حتى إنه لو كان مقبوضاً للمشتري عند البيع جاز البيع اتفاقاً، إذ التسليم إنما وجب لأجل تسلم المشتري وقد تم.
ثم اختلفوا بعد هذا في أنه هل أفاد النّهي عن بيعه للمعنى المتقدم بطلان البيع أو فساده؟
وهذا الاختلاف مبني على اختلافهم في أن القدرة على التسليم هل تعتبر جزءاً من محل البيع فمحله المال المملوك المقدور على تسليمه، أو لا تعتبر جزءاً منه فالمحل المال المملوك فقط؟ =

الإيجاب والقبول، إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي، فإنْ لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على التسليم، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبرُ على القبض.

وذكر الكرخي (رحمه الله) أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظَهَرَ وسلم يجوز، ولا يحتاج إلى تجديد البيع، إلا إذا كان القاضي فسخه، بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم، وعجز عن التسليم، ففسخ القاضي البيع بينهما، ثم ظهر العبد.

وجه قول الكرخي (رحمه الله) أَنَّ الإِبَاقَ لا يوجب زوال الملك، ألاَ ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ، ولو وهبه من ولده الصغير يجوز، وكان ملكاً له فقد باع مالاً مملوكاً له، إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم، فإن سلم زال المانع فينفذ، وصار كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره ـ أنه ينعقد موقوفاً على التسليم؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وجه ظاهر الروايات أن القدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد العقد، لأَنه لا ينعقد إلاَّ لفائدة، ولا يفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم، والعجزُ عن التسليم ثابتٌ حالة العقد، وفي حصول القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل، وما لم يكن منعقداً بيقين لا

= فمن ذهب إلى «الأول» قال: حيث ان جزء المحلّ وهو القدرة على التسليم مفقود في الآبق فبيعه باطل. فلو عاد العبد من إباقه وقد باعه ممن ليس عنده لا ينقلب العقد صحيحاً، كما إذا باع خمراً فتخللت قبل التسليم، أو باع طيراً في الهواء، ثم أخذه لا يعود صحيحاً، وهذا هو ظاهر الرواية، وهو مروي عن محمد بن الحسن، ومختار مشايخ بلخ والثلجي، فقد اعتبروا القدرة على التسليم جزء المحل، أو على الأقل شرطاً من شرائط الصحة التي يجب حصولها عند العقد لجوازه.

ومن ذهب إلى «الثاني» قال إن محل البيع موجود وهو المال المملوك، ومثار النهي امر آخر، وراء أركان البيع وهو وصف لازم له فينعقد البيع بصفة الفساد. فلو عاد العبد الآبق بعد بيعه ينقلب البيع صحيحاً، وهذا مرويّ عن أبي حنيفة ومحمد في الرواية الأخرى، وبه أخذ الكرخي، وجماعة من مشايخ الحنفية. وعلى هذا إن امتنع البائع عن تسليمه، أو المشتري عن قبضه، أجبر على ذلك: لأن العقد قد انعقد لقيام المالية والملك للمولى مع الأباق ولهذا جاز إعتاقه وتدبيره، والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع، فتحقق المقتضى وانتفى المانع.

وعلى هذه القاعدة تتخرج الفروع التي فقد فيها القدرة على التسليم، كبيع الطير الذي أخذه ثم أرسله في الهواء، فإنه بالإرسال لا يخرج عن ملكه، فإذا أخذه بعد بيعه وسلّمه، فطائفة مع الكرخي قالوا: «يعود البيع جائزاً» وقال البلخيّون: لا يعود جائزاً، فمن قال إنه يعود جائزاً، يرى أنه انعقد فاسداً مع عدم القدرة على التسليم.

ويرى «الكمال» أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل؛ وقول من يقول المحليّة كونه مالاً مملوكاً مقدور التسليم، إن عنى محلية البيع الصحيح فنعم وإلاّ فلا، بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فإن كان له فنافذ، أو لغيره فموقوف، والنافذ إما صحيح إن كان مبيعه مقدور التسليم، وليس فيه شرط فاسد، وإلا ففاسد. ينظر: أثر النهي في العبادات والمعاملات لشيخنا عبد المجيد فتح الله.

ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الأصل المعهودِ، إن ما لم يكن ثابتاً بيقينٍ، أنه لا يثبت بالشك والاحتمال؛ بخلاف ما / إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ، لأَن القدرة على التسليم كانت ثابتة، لذا العقد فانعقد، ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين. ٣/ ٧١ ب

والثابت باليقين لا يزول بالشك، فهو الفرق؛ بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفاً على التسليم حتى لو سلم ينفذ، ولأَن هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان، والقاضي وجماعة المسلمين، إلاَّ أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق؛ لأنه معجوز التسليم على الإطلاق؛ إذ لا تصل إليه يدُ أحدٍ لما أنه لا يعرف مكانه، فكان العجز متقرراً، والقدرة محتملةٌ موهومةٌ، فلا ينعقد مع الاحتمال، فأشبه بيعِ الآبَقِ بيع الطير الذي لم يوجد في الهواء، وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء، وذلك باطلٌ؛ كذا هذا.

ولو جاء إنسان إلى مولى العبد فقال: إن عبدك عند فلانٍ، فبعه مني. وأنا أقبضه منه، فصدقه وباعه منه، لا ينفذ؛ لما فيه من عذر القدرة على [القبض، لكنه][1] ينعقد حتى لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم، لأن القدرة على القبض ههنا ثابتةٌ، في زعم المشتري، إلا أن احتمال المنع قائم، فانعقد موقوفاً على قبضه، فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ؛ بخلاف الفصل الأول؛ لأن العجز عن التسليم للحال متحققٌ فيمنع الانعقاد.

وَلَوْ أَخَذَهُ رَجُلٌ فجاء إلى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه، وهذا البيع لا يدخل تحت النهي؛ لأن النهي عن بيع الأبق، وهذا ليس بآبقٍ في حقه، ثم إذا اشترى منه لا يخلو إما إنْ أحضر العبد مع نفسه، وإما إن لم يحضره، فإن أحضره صار قابضاً له عَقِيب العقد بلا فصلٍ، وَإِن لم يحضره مع نفسه، ينظر إن كان أخذه ليرده على صاحبه وَأَشْهَدَ على ذلك لا يصير قابضاً له، ما لم يصل إليه؛ لأَن قبضه قبض أمانة، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان، فلا بد من التجديد بالوصول إليه حتى لو هلك العبد قبل الوصول، يهلك على البائع ويبطل العقد؛ لأَنه مبيع هلك قبل القبض.

وإذا وصل إليه صار قابضاً له بنفس الوصول، ولا يشترط القبض بالبراجم[2]؛ لأن معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً حقيقةً، وإن كان أخذه لنفسه لا ليرده على صاحبه، صار قابضاً له عَقِيب العقد بلا فصلٍ، حتى لو هلك قبل الوصول إليه يهلك على

---

(١) في أ: التسليم لكونه.

(٢) في أ: بالتزاحم.

المشتري؛ لأن قبضه قبض ضمان وقبض الشراء أيضاً قبض الضمان، فتجانس القبضان فَتَنَاوَبَا.

ولو كان أخذه ليرده ولكنه لم يشهد علي ذلك، فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه، عند أبي حنيفة (عليه الرحمة): يصير قابضاً له عَقِيب العقد؛ لأن هذا قبض ضمان عنده، وعندهما لا يصير قابضاً إلاَّ بعد الوصول إِليه؛ لأن هذا قبض أمانة عندهما، وهي من مسائل «كتاب الإِباق» و«اللقطة».

وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار، أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية، وعلى قياس ما ذكره الشافعي (رحمه الله) ينعقد، وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة، سواء استطاع الخروج عنها أو لا بعد أن كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد، وإِن كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعُها بلا خلاف؛ لأنه مقدور التسليم؛ كذا البيع.

وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع؛ لأن اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة، بل شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التميز بينهما، فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع، فلا ينعقد.

وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية؛ لأَنه ينمو ساعةً ساعةً، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما، فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد.

وروي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) عن النبيِّ ﷺ أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم.

وروي عن أبي يوسف أنه جوز بيعه والصلح عليه؛ لأَنه يجوز جزه قبل الذبح، فيجوز بيعه؛ كبيع القصيل في الأَرض.

ووجه الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية أن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضررٍ يلحق الشاة؛ بخلاف / القصيل، ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين؛ لأَن الدين إِما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وإِما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع. ٣/ ٧٢ أ

ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً؛ لأنه شرط التسليم على غير البائع، فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع، ويجوز بيعه ممن عليه لأن المانع هو العجز عن التسليم، ولا حاجة إلى التسليم ههنا، ونظير بيع المغصوب أنه يصح من الغاصب ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكراً ولا بينة للمالك، ولا يجوز بيع المسلم فيه؛ لأَن المسلم فيه مبيع، ولا يجوز

بيع المبيع قبل القبض، وهل يجوز بيع المجمد؟ فنقول: لا خلاف في أنه إذا سلم المجمدة أولاً إلى المشتري أنه يجوز، أما إذا باع ثم سلم:

قال بعض مشايخنا: لا يجوز؛ لأَنه إِلى أن يسلم بعضه يذوب، فلا يقدر على تسليم جميعه إلى المشتري، وقال بعضُهم: يجوز، وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني (رحمه الله): إذ باعه وسلمه من يومه ذلك يجوز، وإِن سلمه بعد أيام لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أو الليث (عليه الرحمة)؛ لأنه في اليوم لا ينقص نقصاناً حصة من الثمن، وأما الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان:

أحدهما: الملك أو الولاية، أما الملك: فهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، فلا ينفذ بيع الفضولي[1] لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، وعند الشافعي

---

(١) اختلف العلماء في حكم بيع الفضولي:

فذهب الشافعي في المشهور عنه ـ إلى بطلان بيعه، وكذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة، كما لو زوج أمة غيره، أو ابنته، أو طلق منكوحته، أو أعتق عبده، أو آجر داره، أو وقفها، أو وهبها، أو اشترى له بعين ماله ـ فقد اشترط الشافعي أن يكون للعاقد ولاية شرعية على المعقود عليه، من ملك، أو وكالة، أو ولاية؛ وبهذا قال أبو ثور، وابن المنذر، وأحمد في أصح الروايتين عنه.

قال الشافعي في «الأم»: «وإذا غصب الرجل من الرجل الجارية، فباعها من رجل، والمشتري يعلم أنها مغصوبة، ثم جاء المغصوب منه، فأراد إجازة البيع لم يكن البيع جائزاً، من قبل أن أصل البيع كان محرماً، فلا يكون لأحد إجازة المحرم، ويكون له تجديد بيع حلال هو غير حرام ـ فإن قال قائلٌ: أرأيت لو أن امرءاً باع جارية له، وشرط لنفسه فيها الخيار، أما كان يجوز البيع، ويكون له أن يختار إمضاءه، فيلزم المشتري بأن الخيار له دون المشتري؛ قيل: بلى ـ فإن قيل: فما الفرق بينهما؟ قيل: هذه باعها مالكها بيعاً حلالاً، وكان له الخيار على شرطه، وكان المشتري غير عاصٍ لله ولا البائع، والغاصب والمشتري ـ وهو يعلم أنها مغصوبة ـ عاصيان لله تعالى؛ هذا بائع ما ليس له، وهذا مشتر لا يحل له، فلا يقاس الحرام على الحلال؛ لأنه ضده، انتهى بتصرف.

وقال المالكية، والحنفية: إن بيع الإنسان ملك غيره بدون إذنه موقوف على رضاه، إن أجازه نفذ، وإلا بطل، علم المشتري بأن البائع فضولي أو لم يعلم.

واحتج الشافعي (رضي الله عنه) بأحاديث:

١ ـ حديث حكيم بن حزام قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أأبتاع له من السوق، ثم أبيعه منه؟ قال: لا تبع ما ليس عندك، وهو حديث صحيح رواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه، وغيرهم بأسانيد صحيحة. قال الترمذي: حديث حسنٌ.

٢ ـ وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك»، رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة، ومجموعها يرتفع به عن كونه حسناً، ويقتضي كونه صحيحاً.

٣ ـ وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أيضاً أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة =

(رحمه الله) هو شرط الانعقاد أيضاً حتى لا ينعقد بدونه، وأصل هذا أَن تصرفات الفضولي

= أن أبلغهم عن أربع خصال: أنه لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا تبع ما لم تملك، ولا ربح ما لم تضمن». رواه الترمذي، والنسائي، وابن ماجه، بأسانيد صحيحة. قال الشافعية ومن وافقهم:
أولاً: إن قول النبي ﷺ في حديث حكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك، المرادُ به لا تبع ما لا تملك، لأنه ذكره جواباً له حين سأله أنه يبيع الشيء، ويمضي، ويشتريه، ويسلمه، وللاتفاق على صحة بيع ماله الغائب ـ قالوا: فبيعُ الفضولي منهي عنه بهذه النواهي التي جاءت بها الأحاديث، ومثار النهي فيه كون العاقد ليس أهلاً للبيع؛ إذ يشترط لكونه أهلاً له أن يكون مأذوناً فيه شرعاً؛ بأن يكون مالكاً للمبيع إن باشر العقد لنفسه، وإن باشره لغيره المالك يشترط أن يكون ذلك بوكالة، أو ولاية، فحيث فقد من الفضولي هذا الشرط، فالنهي عن بيعه لعدم أهليته لهذا العقد، والعقد الصادر من غير أهله باطل؛ فيبطل بيعه.
قالوا: ثانياً: إن بيع الفضولي بيع لما لا يقدر على تسليمه، وبيع ما لا يقدر على تسليمه باطل، فبيعُ الفضولي باطل؛ كبيع الطير في الهواء، والسمك في الماء.
واستدل الحنفية، ومن معهم، على انعقاد بيع الفضولي بما يأتي:
أولاً: حديث حكيم بن حزام: «أن رسول الله ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية، فاشترى به أضحية، وباعها بدينارين، واشترى أضحية بدينار، وجاءه بأضحية ودينار، فتصدق النبي ﷺ بالدينار، ودعا له بالبركة»، رواه أبو داود والترمذي.
وبحديث عروة البارقي قال: «دفع إليّ رسول الله ﷺ ديناراً، لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ، فذكر له ما كان من أمره، فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة، فيربح الربح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً»، رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه. وهذا لفظ الترمذي، وإسناد الترمذي صحيح، وإسناد الآخرين حسن.
قالوا: فقد تصرف كل من حكيم بن حزام، وعروة البارقي في مال النبي ﷺ بالبيع والشراء بغير إذنه؛ إذ لم يأذن عليه السلام إلاّ بشراء شاةٍ واحدةٍ، فباعها حكيم بدينارين، واشترى أضحية بدينار، وجاءه بأضحية ودينار، واشترى عروة البارقي شاتين بالدينار، وباع إحداهما بدينار، وجاء إلى النبي ﷺ بالشاة والدينار، فلم ينكر النبي عليه الصلاة والسلام عليهما تصرفهما بدون إذنه، ولم يقل إنه باطل، بل وافقهما، ودعا لهما بالبركة فدلّ على انعقاد بيع الفضولي، وجوازه مع توقف نفاذه على إجازة المالك؛ إذ هو الذي يحقق له المصلحة، أما لو لنا بجوازه نافذاً بدون توقف، كان فيه إضرار بالمالك الذي لم يأذن في التصرف.
واستدلوا ثانياً: بأن بيع الفضولي تصرفٌ شرعيٌ له مجيز حال العقد، وقد صدر من أهله في محله، ولا ضرر فيه على أحد، وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز، مأذون فيه شرعاً، فبيع الفضولي منعقد شرعاً.
أما كونه له مجيز، فلأن المالك للبيع له أن يجيز العقد، وأن يبطله.
وأما صدوره من الأهل؛ فلأن أهلية التصرف إنما هي بالعقل والبلوغ. أما تحقق المحل؛ فلأن محله هو المال المتقوم المملوك في الجملة، وبعد الملك للعاقد في المحل لا ينتفي هذا، ألا ترى أنه إذا باعه بإذن المالك جاز، والإذن لا يجعل غير المحل محلاً، فوجب أن ينعقد العقد؛ لأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع إلا لمانع، والمانع منتف؛ لأن المانع هو الضرر، ولا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقدين. =

التي لها مجيز حالة العقد منعقدةٌ موقوفةٌ على إجازة المجيز من البيع والإِجارة والنكاح والطلاق ونحوها، فإن أجاز ينفذ وإِلاً فيبطل، وعند الشافعي (رحمه الله) تصرفاته باطلة.

وجه قول الشافعي (رحمه الله) أن صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح، وهذا لأن صحة التصرف الشرعي هو اعتباره في حق الحكم الذي وضع له شرعاً لا يعقل للصحة معنى سوى هذا.

فأما الكلام الذي لا حكم له يكون صحيحاً شرعاً، والحكم الذي وضع له البيع شرعاً

= أما المالك؛ فلأنه مخير بين الإجارة إن وجد فيه مصلحته، والفسخ إن لم يجد فيه المصلحة، وله فيه منفعة؛ إذ يكفي مؤنة طلب المشتري.

وأما الفضولي، فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء. وأما المشتري؛ فلأنه يصل إلى غرضه من البيع.

مناقشة أدلة الشافعي قيل له في أحاديث النهي عن بيع ما لا يملك: إن لفظ البيع فيه مطلق، فينصرف إلى الفرد الكامل من أفراد البيوع، وهو البيع التام النافذ الذي يستعقب المطالبة من الطرفين، فهو المنهي عنه، لا البيع الموقوف الذي نثبته، أو المراد أن يبيعه، ثم يشتريه، فيسلمه بحكم ذلك العقد، وسبب ذلك النهي يفيد هذا، وهو قول حكيم بن حزام: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيطلب مني سلعة ليست عندي، فأبيعها منه، ثم أدخل السوق، فاشتريها، ثم أسلّمها، فقال ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، فالنهي بمعزل عن محل النزاع.

وقول الشافعي: لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، إن أراد الانعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر، وإن أراد لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحة في الإجازة، فيجيز فعله، أو عدمها فيبطله فممنوع، ولا دليل عليه، بل الدليل دلّ على ثبوته، وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكلٍّ من العاقدين، والمالك من غير ضرورة، ولا مانع شرعي، فيدخل ثبوته تحت العمومات المجيزة للبيع، فلما كان هذا التصرف خيراً لكل من العاقدين، والمالك من غير ضرر كان الإذن في فعله ثابتاً دلالة؛ إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر، وصار كالوصية من المديون المستغرق، وبأكثر من الثلث، إذا كان المعقود عليه باقياً، حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع، فهذا أصل القياس صحيح. أمّا قياس الشافعي بيع الفضولي على بيع السمك في الماء، والطير في الهواء، فقياس مع الفارق؛ إذ بطلان بيع السمك، والطير ليس لعدم القدرة على التسليم؛ بل لعدم المحل فيهما، فإنهما ليسا بمملوكين أصلاً بل الأخذ، وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع.

وقياسُه على بيع الآبق قياس مع الفارق أيضاً؛ إذ بيع الآبق ينعقد فاسداً، وهو عند الحنفية مفيد للملك، إذا اتصل به القبض.

فإن قيل: يجب أن يَلْغُو لعدم المقصود منه وهو الملك. قلنا: لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً، بل هو مرجوٌّ، فلا يلزم عدمه، وكونه متعلق العقد مرجواً كافٍ في صحة التصرف؛ ولهذا صح تعليق الطلاق، والعناق بالشرط، وإلا فلا وقوع في الحال، ولا يقطع بوقوعه، فكان ينبغي أن يلغى، لكن لما كان بحيث يرجى صحَّ، وانعقد سبباً في الحال مضافاً، أو عند الشرط لقولنا هذا. ينظر: آثر النهي في العبادات والمعاملات لشيخنا عبد المجيد محمد فتح الله.

وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه، وهو الملك أو الولاية، فلم يصح، ولهذا لم يصح شراؤه؛ فكذا بيعه.

ولنا عمومات البيع من نحو قوله (تبارك وتعالى): ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥] وقوله (عزَّ شأنُهُ): ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء:٢٩] وقوله (سبحانه وتعالى): ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاَةُ فَانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة:١٠] شرع (سبحانه وتعالى) البيعَ والشراء والتجارةَ وابتغاءَ الفضل من غير فصلٍ بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل[١] في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلاَّ ما خُصَّ بدليل.

وروي عن النبي ﷺ أنه دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام (رضي الله عنه) وأمره أن يشتري له أضحية، فاشترى شاتين، ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة إلى النبي ﷺ فدعا له بالبركة، وقال (عليه الصلاة والسلام): «بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ»[٢].

ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأموراً ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسولُ الله ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأَنْكَرَ عليه؛ لأن الباطل ينكر، ولأن تصرف العاقل محمولٌ على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا، وقد قصد البر به والإحسان إليه بالإعانة على ما هو خير للمالك في زعمه؛ لعلمه بحاجته إلى ذلك، لكن لم يتبين إلى هذه الحالة لموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع، فأقدم عليه نظراً لصديقه وإحساناً إليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذي هو محتاج إليه والثواب من الله (عزَّ وجلَّ) بالإعانة على البر والإحسان.

قال الله (تبارك وتعالى): ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة:٢] وقال (تعالى جلَّ شأنه): ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:١٩٥] إلاَّ أن في هذه التصرفات ضرراً في الجملة، لأن للناس رغائب في الأعيان، وقد يقدم الرجل على شيء ظهرت له الحاجة عنه بإزالته عن ملكه، لحصول غرضه بدون ذلك، ونحو ذلك، فيتوقف على إجازة المالك، حتى لو كان الأمر على ما ظنه مباشر التصرف إجازة وحصل له النفع من جهته، فينال الثواب والثناء وإلاَّ فلا يجيزه / ويثني عليه بقصد الإحسان وإيصال النفع إليه، فلا يجوز القول بإهدار هذا التصرف، وإلحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم، مع ندب الله (عزَّ وجلَّ) إلى ذلك وحثّه عليه، لما تلونا من الآيات. ٣/ ٧٢ ب

---

(١) في أ: الموكل.

(٢) تقدم.

وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم.

قلنا: نعم، وعندنا هذا التصرف مفيد في الجملة، وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفاً على الإِجازة، أما من كل وجه أو من وجه، لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد، وإنما يظهر عند الإِجازة، وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا، و يقطع القول به للحال، ولكن يقطع القول بصحته عند الإِجازة، وهذا جائزٌ، وله نظائرٌ في الشرع، وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري على ما عرف.

وأما شراء الفضوليِّ ففيه تفصيلٌ نذكُره، إن شاء الله (تعالى) في موضعه، ثم الإِجازة إنما تلحق تصرف الفضولي عندنا بشرائط.

منها: أَن يكون له مجيز عند وجوده، فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإِجازة، لأَن ماله مجيز متصور منه الإِذن للحال وبعد وجود التصرف، فكان الانعقاد [للحال لينفذ][1] عند الإِذن القائم مفيداً، فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإِذن به للحال، والإِذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً، وإِن لم يحدث لم يكن مفيداً، فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة على الأصل المعهود إن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك، وَإِذا لم ينعقد لا تلحقه الإِجازة؛ لأن الإِجازة للمنعقد.

وعلى هذا يخرج ما إذا طلق الفضولي امرأة البالغ أو أعتق عبده أو وهب ماله أو تصدق به، أنه ينعقد موقوفاً على الإِجازة، لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه، فكان لها مجيزاً حال وجودها، فيتوقف على إجازة المالك، وبمثله لو فعل ذلك على الصبي لا ينعقد، لأَن الصبيَّ ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه.

أَلاَ ترى لو فعل ذلك بنفسه لا تنعقد، فلم يكن لها مجيز حال وجودها، فلم تنعقد، وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه، أو اشترى، أو تزوج امرأة، أو زوج أمته، أو كاتب عبده، أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه، يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيراً، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم يوجد من وليه في حال صغره، حتى لو بلغ الصبي قبل إِجازة الولي، فأجاز بنفسه جاز، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إِجازة، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها.

ألا ترى أنه لو فعلها وليُّه جازت، فاحتمل التوقف على الإِجازة، وإِنما يتوقف على

---

(١) سقط من ط.

إجازته بنفسه أيضاً بعد البلوغ؛ كما يتوقف على إجازة وليه في حال صغره؛ لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء، فأولى أن يملك الإجازة، ولأَن ولايته على نفسه فوق ولاية وليِّهِ عليه في حال صغره، فلمّا جاز بإجازة وليه، فَلأَنْ يجوزُ بإجازة نفسه أَوْلَى، ولا يجوز بمجرد البلوغ، لأَن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجهٍ، وأنه فعل فاعل مختار، والبلوغ ليس صنعة، فلا يعقل إجازة.

وكذا إذا وَكَّل الصبي وكيلاً بهذه التصرفات، ففعل الوكيل قبل بلوغ الصبي أو بعده، توقف على إجازته بعد البلوغ إلا التوكيل بالشراء، فإنه لا يتوقف، بل ينفذ على الوكيل، لأن الشراء وجد نفاذاً على الوكيل، فلا يتوقف إلاّ إذا بلغ الصبي قبل أن يشتري الوكيل فأجاز التوكيل، ثم اشترى الوكيل بعد ذلك فيكون الشراء للصبي لا للوكيل، لأَن إجازة الوكالة منه بعد البلوغ بمنزلة إنشاء التوكيل.

ولو وكله ابتداء لكان الشراء له لا للوكيل، كذا هذا، وبمثله إذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو أعتق عبده على غير مالٍ، أو على مالٍ، أو وهب ماله أو تصدَّق به، أو زوج عبده امرأة، أو باع ماله بمحاباة، أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته قدر مالاً يتغابن الناس في مثله عادةً، أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وَلِيُّهُ في حالِ صغره لا يجوز عليه، لا ينعقد حتى لو أجاز وليُّه، أو الصبي بعد البلوغ لا يصح[1]، لأن هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها، فلا تحتمل التوقف / على الإجازة إلا إذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء، بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق، فيجوز، ويكون ذلك إنشاء الإجازة، وَلَوْ وَكَّلَ الصبيُّ وكيلاً بهذه التصرفات ففعل الوكيل، يُنظر إن فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل، لأن فعل الوكيل كفعل الموكل؛ ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف، فكذا إذا فعله الوكيل.

٣/ ٧٣ أ

وإن فعل بعد البلوغ يتوقف على إجازته بمنزلة الفضولي على البائع[2]، وإن بلغ الصبي فأجاز التوكيل بعد البلوغ قبل أن يفعلِ الوكيل شيئاً ثم فعل جاز، لأَن إجازة التوكيل منه بمنزلة إنشائه، وكذا وصية الصبي لا تنعقد لأَنها تصرف لا مجيز له حال وجوده.

أَلاَ ترى أنه لو فعل الولي لا يجوز عليه، فلا يتوقف، وسواء أطلق الوصية أو أضافه إلى حال البلوغ لما قلنا، حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته، إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز، لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية، ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صَحَّ؛ كذا هذا.

---

(١) في أ: لا يجوز.

(٢) في أ: البالغ.

وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون إن ماله مجيز حال وجوده، يتوقف على إجازة المولى، وما لا مجيز له حالة وجوده يبطل ولا يتوقف، لما ذكرنا من الفقه، إلاَّ أن بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقاً من وجهٍ، وهو أن المكاتب أو المأذون إذا فعل ما يتوقف على الإجازة بأن زَوَّجَ نَفْسَهُ امرأةً، ثم عتق، ينفذ بنفس الإعتاق، وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ، ما لم توجد الإجازة.

ووجه الفرق أن العبد بعد الإذن يتصرف بمالكية نفسه على ما عرف، فكان ينبغي أن ينفذ للحال، إلاَّ أنه توقف لحق المولى، فإذا عتق فقد زال المانع فنفذ؛ بخلاف الصبي، فإن في أهليته قصوراً لقصورِ عَقْلِهِ، فانعقد موقوفاً على الإجازة، والبلوغُ ليس بإجازةٍ على ما مر.

وأما حكم شراء الفضولي، فجملةُ الكلام فيه أن الفضولي إذا اشترى شيئاً لغيره فلا يخلو إما إن أضاف العقد إلى نفسه، وإما إن أضافه إلى الذي اشترى له، فإن أضافه إلى نفسه كان المشتري له، سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له أو لم توجد؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه، ولا يتوقف؛ لأَنَّ الأصل أَنْ يَكُونَ تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره.

قال الله (تعالى عَزَّ مِنْ قائل): ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ﴾ [البقرة:٢٨٦] وقال (عزَّ من قائل): ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] وشراء الفضولي كسبه حقيقة، فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره، أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية؛ فيتوقف على إجازة الذي اشترى له؛ بأن كان الفضولي صبيًّا محجوراً، أو عبداً محجوراً، فاشترى لغيره، يتوقف على إجازة ذلك الغير، لأن الشراء لم يجد نفاذاً عليه فيتوقف على إجازة الذي اشترى له ضرورة؛ فإن أجاز نفذ، وكانت العهدة عليه لا عليهما؛ لأنهما ليسا من أهل لزوم العهدة، وإن أضاف العقد إلى الذي اشترى له؛ بأن قال الفضولي للبائع: بع عبدك هذا من فلان بكذا، فقال: بعتُ، وقبل الفضوليُّ البيع فيه لأجل فلان، أو قال البائعُ: بعتُ هذا العبد من فلان بكذا، وقبل المشتري الشراء منه لأجل فلان ـ فإنه يتوقف على إجازة المشتري له؛ لأن تصرف الإنسان، وإن كان له على اعتبار الأَصل، إلاَّ أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك، وههنا جعله لغيره، فينعقد موقوفاً على إجازته.

ولو قال الفضولي للبائع: اشتريتُ منك هذا العبد بكذا لأجل فلان، فقال: بعتُ، أو قال البائعُ للفضولي: بعتُ منك هذا العبد بكذا لفلان[1]، فقال: اشتريت ـ لا يتوقف، وينفذ الشراء عليه، لأنه لم توجد الإضافة إلى فلان في الإيجاب والقبول، وإنما وجدت في

(١) في أ: لأجل.

أحدهما، وأحدهما شطر العقد فلا يتوقف لما ذكرنا أَن الأصل أن لا يتوقف، وَإِنما توقف لضرورة الإِضافة من الجانبين، فإذا لم يوجد يجب العمل بالأصل.

وهذا بخلاف الوكيل بالشراء أنه إذا اشترى شيئاً يقع شراؤه للموكل، وَإِن أضاف العقد إِلى نفسه لا إِلى الموكل، لأَنه لما أمره بالشراء فقد أنابه مناب / نفسه، فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه، ولو اشترى بنفسه كان المشتري له؛ كذا هذا، والله (تعالى) أعلم.

٣/٧٣ ب

ولو اشترى الفضولي شيئاً لغيره، ولم يضف المشتري إلى غيره حتى لو كان الشراء له، فَظَنَّ المشتري والمشتري لَهُ أَنَّ المشتري لكون للمشتري له فسلم إليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به، وقبل المشتري له، صَحَّ ذلك، ويجعل ذلك تولية كأنه ولاه منه بما اشترى، ولو علم المشتري بعد ذلك أن الشراء نفذ عليه والمشتري له، فأراد أن يسترد من صاحبه بغير رضاه، لم يكن له ذلك؛ لأن التولية منه قد صحَّتْ، فلا يملك الرجوع؛ كمن اشترى منقولاً فطلب جاره الشفعة، فظن المشتري أن له شفعة، فسلم إليه، ثم أراد أحدهما أنْ ينقض ذلك من غير رضا الآخر، لم يكن له ذلك؛ لأنه لما سلم إِليه صار ذلك بيعاً بينهما.

ولو اختلفا فقال المشتري له: كنت أمرتك بالشراء، وقال المشتري: اشتريته لك بغير أمرك، فالقولُ قولُ المشتري له؛ لأَن المشتري له قال: اشتريتُهُ لك، كان ذلك إِقراراً منه بأنه اشتراه بأمره؛ لأَن الشراء له لا يكون إلا بأمره عادةً، فكان القولُ قولَهُ، ثم إِن أخذه بقضاء القاضي لا يحل له ذلك، إلاَّ إذا كان صادقاً في كلامه فيما بينه وبين الله (جلَّ شأنه)، وَإِن أخذه بغير قضاء طاب له؛ لأنه أخذه برضاه، فصار ذلك بيعاً منهما بتراضيهما.

ومنها: قيام البائع والمشتري حتى لو هلك أحدهما قبل الإِجازة من المالك، لا تلحقه الإِجازة.

ومنها: قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل إِجازته لا يجوز بإِجازة ورثته.

ومنها: قيام المبيع حتى لو هلك قبل إِجازة المالك لا يجوز بإِجازة المالك، غير أنه إن هلك في يد المالك يملك[١] بغير شيء، وإِن هلك بعد التسليم إلى المشتري فالمالك بالخيار، إِن شاء ضمن البائع، وإِن شاء ضمن المشتري؛ لوجود سبب الضمان من كلِّ واحدٍ منهما، وهو التسليمُ من البائع والقبض من المشتري، لأن تسليم مال الغير وقبضه بغير إذن صاحبه كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان، وأيهما اختار تضمينه برىء الآخر، ولا سبيل عليه بحال، لأنه لما ضمن أحدهما فقد ملك المضمون فلا يملك تمليكه من غيره؛ لما فيه من الاستحالة

(١) في أ: يهلك.

وهو تمليك شيءٍ واحد في زمان واحد من اثنين على الكمال؛ فإن اختار تضمين المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع وَبَطَلَ البيعُ، ولبيس له أن يَرْجِعَ عليه بما ضمن؛ كما في المشتري من الغاصب.

وإن اختار تضمين البائع: ذكر الطحاوي (رحمه الله) أنه ينظر إن كان قبض البائع قبض ضمان بأن كان مغصوباً في يده نفذ بيعه؛ لأنه لما ضمنه فقد ملك المغصوب من وقت الغصب، فتبين أنه باع ملك[1] نفسه فينفذ، وَإن كان قبضه قبض أمانة، بأن كان وديعة عنده فباعه وسلمه إلى المشتري، لا ينفذ بيعه؛ لأن الضمان إنَّما وجب عليه بسبب متأخر عن البيع وهو التسليم، فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع، فيكون بائعاً من مال غيره بغير إذنه، فلا ينفذ.

وذكر محمد (رحمه الله) في ظاهر الرواية وقال: يجوز البيع بتضمين البائع، قيل: هذا محمولٌ على ما إذا سلمه البائع أولاً ثم باعه؛ لأنه إذا سلمه أولاً فقد صار مضموناً عليه بالتسليم، فتقدم سبب الضمان البيع، فتبين أنه باع مال نفسه فينفذ.

ثم إنْ كَانَ قيامِ الأربعة التي ذكرنا شرطاً للحوق الإجازة، لأن الإجازة إنما تلحق القيام، وقيام العقد بهذه الأربعة، ولأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه؛ لذلك كان قيامها شرطاً للحوق الإجازة، فإن وجد صحت الإجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل، إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، ويكون الثمن للمالك إن كان قائماً؛ لأنه بدل ملكه، وإن هلك في يد البائع يهلك أمانة؛ كما إذا كان وكيلاً في الابتداء وهلك الثمن في يده.

ولو فسخه البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقده، وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ، وكذا إذا فسخه الفضولي، فمحمدٌ يحتاج إلى الفرق بين البيع والنكاح، فإن الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح إذا زوجت المرأة نفسها / ، لا يملك الفسخ عنده. ٣/ ١٧٤ أ

ووجه الفرق له أن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة، فالحقوق ترجع إلى العاقد، فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه، فله ذلك بخلاف النكاح؛ لأن الحقوق في باب النكاح لا ترجع إلى العاقد، بل هو سفيرٌ ومعبر، فإذا فرغ من[2] السفارة والعبارة التحق بالأجانب.

وأما قيام الثمن في يد البائع هل هو شرط لصحة الإجازة أم لا، فالأمر لا يخلو إما إن

---

(١) في أ: مال. (٢) في ط: عن.

كان الثمن ديناً كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف في الذمة؛ وَإِمَّا إِن كان عيناً كالعروض، فإن كان ديناً، فقيامه في يد البائع ليس بشرط للحوق الإِجازة، لأَن الدين لا يتعين بالتعيين، فكان قيامه بقيام الذمة.

وإن كان عيناً فقيامه شرط للحوق الإِجازة، فصار الحاصل أن قيام الأربعة شرط صحة الإِجازة إذا كان الثمن ديناً، وإذا كان عيناً فقيام الخمس شرط، فإن وَجَدَت الإِجازة عند قيام الخمس، جاز ويكون الثمن للبائع لا للمالك، لأن الثمن إذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجه، والشراء لا يتوقف على الإِجازة، بل ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً عليه؛ بأن كان أهلاً وهو أهل، والمالك يرجع عليه بقيمة ماله إن لم يكن له مِثْلٌ، وبمثله إن كان له مثل لأنه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الإِجازة، فإذا أجازه مالكه بعد[1] النقد فيرجع عليه بمثله أو بقيمته.

بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً، لأنه إذا كان ديناً، كان العاقد بائعاً من كل وجه، ولا يكون مشترياً لنفسه أصلاً فتوقف على إِجازة المالك، فإذا أجاز كان مجيزاً للعقدِ، فكان بدله له.

ولو هلكت العين في يد الفضولي بَطَلَ العقدُ، ولا تلحقه الإِجازة، ويرد المبيع إلى صاحبه، ويضمن للمشتري مثْلَهُ إن كان له مِثْلٌ، وقيمتَهُ إن لم يكن له مثلٌ؛ لأنه قبضه بعقد فاسدٍ.

ولو تصرف الفضولي في العين قبل الإِجازة، ينظر: إن تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطلٌ، لأَن الملك في العقد الفاسد يقف على القبض، وإن تصرف فيه بعد ما قبض بإذن المشتري صريحاً أو دلالةً يصحُّ تصرفه؛ لأَنه تصرف في ملك نفسه، وعليه مثله أو قيمته؛ لأَن المقبوض بالبيع الفاسد مضمونٌ به، ولا تلحقه الإِجازة؛ لأنه هلك[2] بجواز تصرفه فيه، فلا يحتمل الإِجازة بعد ذلك، ولو تصرف المشتري في المبيع قبل الإِجازة لا يجوز تصرفه، سواء كان قبض المبيع أو لم يقبضه؛ لعدم إِذن مالكه، والله (تعالى) أعلم.

وأما الولايةُ: فالولاية[3] في الأصل نوعان: نوعٌ يثبت بتولية المالك، ونوعٌ يثبت شرعاً لا بتولية المالك.

---

(١) في أ: نفذ.
(٢) في ط: ملك.
(٣) الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر وليه، وولى عليه. يتعدى فعله بنفسه، وبحرف الجر. تقول: وليت المرأة، ووليت عليها؛ إذا قمت بها. وملكت أمرها، ونصرتها. ومن معانيها لغة النصرة. ومنه قوله تعالى: ﴿الولاَيَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ﴾ بعد قوله: ﴿وَلَمْ تَكُنْ لَهُ فِئَةٌ يَنْصُرُونَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَمَا كَانَ مُنْتَصِراً هُنَالِكَ﴾.
وقرأ الأخوان والأعمش وغيرهم عن طلحة وخلف وغيرهما: «الوِلاية لِلَّه الْحَقِّ» بكسر الواو. =

أما الأول: فهو ولايةُ الوكيلِ فينفذ تصرف الوكيل، وَإِن لم يكنِ المحل مملوكاً له لوجود الولاية المستفادة من الموكل.

وأما الثاني: فهو ولاية الأبِ والجد أب الأَبِ والوصي والقاضي، وهو نوعان أيضاً: ولاية النكاح، وولاية غيره من التصرفات.

أما ولاية النكاح: فموضع بيانها «كتاب النكاح».

وأما ولايةُ غيره من المعاملات، فالكلامُ فيه في مواضع: في بيان سبب هذه الولاية، وفي بيان شرائطها، وفي بيان ترتيب الولاية.

أما الأول: فسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيئان:

أحدهما: الأُبوة.

والثاني: القضاء؛ لأن الجد من قبل الأب أبٌ، لكن بواسطة، ووصى الأَبِ والجد استفاد الولاية منهما، فكان ذلك ولاية الأبوة من حيث المعنى، ووصى القاضي يستفيد الولاية من القاضي، فكان ذلك ولاية القضاء معنى.

أما الأبوة فلأنها داعية إلى كمال النظر في حق الصغير لوفور شفقة الأب، وهو قادرٌ على ذلك؛ لكمال رأيه وعقله، والصغيرُ عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع؛ لأنه من باب الإِعانة على البر، ومن باب الإِحسان، ومن باب إِعانة الضعيف وإِغاثة اللفهان، وكل ذلك حسن عقلاً وشرعاً؛ ولأن ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة إذا شكر كل نعمة على حسب النعمة، فَشُكْرُ نعمةِ القدرة معونة

= وجاء لفظ الولاية في اللغة مصدراً بالفتح والكسر، وهما لغتان فيه بمعنى واحد، كالوَكالة والوِكالة، والوَصاية والوِصاية، فدل ذلك على أنهما بمعنى واحد. وقيل بينهما فرق؛ فقد قال سيبويه الوَلاية بالفتح المصدر، وبالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة؛ لأنه اسم لما توليته وقمت به؛ فإذا أرادوا المصدر فتحوا. ونسب إلى أبي عبيدة وأبي الحسن أنها بالفتح ولاية مولى نسب ونحوه، وبالكسر ولاية السلطان. وقال الزَّجّاجُ: هي بالفتح النصرة والنسب، وبالكسر للإمارة ونقل عنه أنه ذهب إلى أن الولاية لاحتياجها إلى تَمَرُّنٍ وتدريب شبهت بالصناعات؛ ولهذا جاء فيها الكسر. هذا معنى الولاية في اللغة. أما في الشرع فهي نوعان: ولاية إجبار، ويمكن أن تفسر بأنها سلطة تثبت للرجل على المرأة بسبب ملك، أو أبوة، أو إيصاء فقط، تسوغ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح بطريق الإلزام وولاية غير إجبار، ويمكن أن تفسر بأنها سلطة تثبت للرجل على المرأة بسبب ملك، أو بنوة، أو أبوة، أو إيصاء، أو تعصيب، أو ولاء، أو كفالة، أو سَلْطَنَةٍ، أو إسلام؛ تسوغ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح لا بطريق الإلزام.

العاجز، وشكر النعمة واجب عقلاً وشرعاً، فضلاً عن الجواز، ووصى الأب قائم مقامه؛ لأَنه رضيه واختاره، فالظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس إِلاً لعلمه بأن شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم، ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائرِ الناس فكان الوصي خلفاً عن الأب، وخَلَفُ الشيء قائمٌ مقامه كأنه هو، والجد له كمال / الرأي ووفور الشفقة، إلا أنَّ شفقته دون شفقة الأب، فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الأب، وولاية وصيه ووصى وصيه أيضاً؛ لأن تلك ولاية الأب من حيث المعنى على ما ذكرنا، ووصى الجد قائم مقامه؛ لأنه استفاد الولاية من جهته؛ وكذا وصى وصيه. ٣/ ٧٤ ب

وأما القضاء: فلأنَّ القاضيَ لاختصاصه بكمال العلم، والعقل، والورع، والتقوى، والخصال الحميدة أَشفَقُ الناس على اليتامى فصلح وليًا، وقد قال (عليه الصلاة والسلام): «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»[1] إلاً أن شفقته دون شفقة الأب والجد، لأن شفقتهما تنشأ عن القرابة وشفقته لا؛ كذا وصيُّه، فتأخرت ولايته عن ولايتهما.

فصل في شروط الولاية

وأما شرائطها فأنواع بعضها يرجع إلى الولي[2]، وبعضها يرجع إلى المولى عليه، وبعضها يرجع إلى المولى فيه.

أما الذي يرجع إلى الولي فأشياء:

منها: أن يكون حرًّا، فلا تثبت ولاية العبد؛ لقوله (سبحانه وتعالى): ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْدَاً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] ولأنه لا ولاية له على نفسه، فكيف تثبت له الولاية على غيره.

ومنها: أن يكون عاقلاً، فلا ولاية للمجنون لما قلنا، ومنها: إسلام الولي إذا كان المولى

---

(١) تقدم.

(٢) الولي لغة معناه: النصير والمعين، من وليه إذا قام به ونصره ومنه: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا﴾، وجمعه أولياء. وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها، وكل من يلي أمر أحد فهو وليه. قال الفراء: المولى والولي واحد في كلام العرب، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ مَوْلاَهُ وجِبْرِيلُ....﴾ إلخ. وقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لاَ مَوْلَى لَهُمْ﴾. وفي اصطلاح المتكلمين: هو العارِفُ بالله تعالى، وبأسمائه وصفاته، حسبما يمكن المواظب على الطاعات، المجتنب للمعاصي، المعرض عن الانهماك في الشهوات.

هو من له على المرأة ملك، أو بنوة، أو أبوة، أو تعصيب، أو ولاء، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام؛ قاله ابن عرفة.

عليه مسلماً، فإن كان كافراً لا تثبت له عليه الولاية؛ لقوله (عزَّ وجلَّ): ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به، وهذا لا يجوز.

وأما الذي يرجع إلى المولى عليه، فالصغرُ فلا تثبت الولاية على الكبير؛ لأنه يقدرُ على دفع [حاجة نفسه][1]، فلا حاجة إلى إثبات الولاية عليه لغيره، وهذا لأن الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة، ولا ضرورة حالة القدرة فلا تثبت.

وأما الذي يرجع إلى المولى فيه، فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام): «لاَ ضَرَرَ وَلاَ إِضْرَارَ فِي الإِسْلاَمِ»[2] وقال (عليه الصلاة والسلام): «مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيرَنَا، فَلَيْسَ مِنَّا»[3] والإضرار بالصغير ليس من المرحمة في شيء، فليس للأب[4] أن يهب مال الصغير من غيرهِ بغير عوضٍ؛ لأنه إزالة ملكه من غير عوضٍ، فكان ضرراً محضاً، وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: له ذلك.

وجه قوله أن الهبة بعوضٍ معاوضة المال بالمال، فكان في معنى البيع فملكها كما يملك البيع.

ولهما أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض؛ وذلك من أحكام الهبة، وإنما تصيرُ معاوضةً في الانتهاء وهو لا يملك الهبة، فلم تنعقد هبته، فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع؛ لأنه معاوضة ابتداءً وانتهاءً، وهو يملك المعاوضة.

وليس له أن يتصدق بماله، ولا أن يوصي به؛ لأن التصدق والوصية إزالة الملك من غير عوضٍ ماليٍّ، فكان ضرراً فلا يملكه، وليس له أن يطلق امرأته لأنَّ الطلاق من التصرفات الضارة المحضة، وليس له أن يعتق عبده، سواء كان بعوضٍ أو بغير عوضٍ.

أما بغير عوض فلأنه ضَرَرٌ مَحْضٌ، وكذا بعوض لأنه لا يقابله العوض للحال؛ لأن العتق معلق بنفس القبول، وَإِذا عتق بنفس القبول يبقى الدين في ذمة المفلس، وقد يحصل وقد لا يحصل، فكان الإعتاق ضرراً محضاً للحال.

وكذا ليس له أن يقرض ماله؛ لأن القرض إزالة الملك من غير عوض للحال، وهو معنى قولهم القرض تبرعٌ وهو لا يملك سائر التبرعات؛ كذا هذا بخلاف القاضي فإنه يقرض مال اليتيم.

---

(١) في أ: حاجته بنفسه.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) في ط: له.

ووجه الفرق أن الإقراض من القاضي من باب حفظ الدين، لأن توى الدين بالإفلاس أو بالإنكار، والظاهر أن القاضي يختار أملى الناس وأوثقهم، وله ولاية التفحص عن أحوالهم، فيختار من لا يتحقق إفلاسه ظاهراً وغالباً، وكذا القاضي يقضي بعلمه فلا يتحقق التوى بالإنكار، وليس لغير القاضي هذه الولاية، فبقي الإقراض منه إزالة الملك من غير أن يقابله عوض للحال، فكان ضرراً فلا يملكه، وله أن يدين ماله من غيره.

وصورة الاستدانة أن يطلب إنسانٌ من غير الأَب أو الوصي أن يبيعه شيئاً من أموال الصغيرِ بمثلِ قيمته، حتى يجعل أصل الشيء ملكه وثمن المبيع ديناً عليه ليرده، فإن باعه منه بزيادة على قيمته فهو عينه، وإنما ملك الإدانة ولم يملك القرض؛ لأن الإدانة بيع ماله بمثل قيمته، وليس له أَنْ يُزَوِّجَ عَبْدَهُ؛ لأنه يتعلق المهر برقبته / وفيه ضرر، وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادةً، ولو باع لا ينفذ بيعه لأنه ضرر في حقه. ٣/ ١٧٥ أ

وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه أو ماله بأقل من أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادةً، وليس له أن يشتري بماله شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادةً لما قلنا، ولو اشترى ينفذ عليه ويكون المشتري له؛ لأن الشراء وجد نفاذاً على المشتري، وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية؛ لأن ذلك نفع محض فيملكه الولي، وقال (عليه الصلاة والسلام): «خَيْرُ النَّاسِ مَنْ يَنْفَعُ النَّاسَ»[1] وهذا يجري مجرى الحث على النفع، والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث، وله أنْ يزوِّجَ أمته لأنه نفع، وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته ويشتري له شيئاً بأقل من قيمته لما قلنا.

وله أن يبيعه بمثل قيمته وبأقل من قيمته، مقدار ما يتغابن الناس فيه عادةً، وله أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادةً؛ وكذا له أن يؤاجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه، قدر ما يتغابن الناس فيه عادةً.

وكذا له أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجر المثل، أو بأجر المثل، أو بأكثر منه، قدر ما يتغابن الناس فيه عادةً.

ولو أجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدة، فله الخيار في إجازة النفس إنْ شاء مضى عليها، وإن شاء أبطلها، ولا خيار له في إجازة المال.

---

(١) ذكره العجلوني في كشف الخفاء (١/ ٣٩٣) رقم (١٢٥٤) بهذا اللفظ ثم قال: «لم أر من ذكر أنه حديث أو لا فليراجع لكن معناه صحيح وفي أحاديث ما يشهد لذلك كحديث الخلق عيال الله وأحبهم إلى الله أنفعهم لعياله فافهم ويشهد له ما رواه القضاعي عن جابر كما في الجامع الصغير بلفظ خير الناس أنفعهم للناس» اهـ.
وذكره المتقي الهندي في كنز العمال (١٥/ ٧٧٧) رقم (٤٣٠٦٥) وعزاه إلى القضاعي من حديث جابر.

ووجه الفرق أن إجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر، فيقوم الأَب فيه مقامه، فلا يثبت له خيار الإِبطال بالبلوغ، فأما إِجارة نفسه فتصرف على نفسه بالإِضرار، وكان ينبغي أن لا يملكه الأب، إلا أنه ملكها من حيث إنها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له، والأَب يلي تأديب الصغير فوليها على أنها تأديب، فإذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب، وهو الفرق.

وله أن يسافر بماله وله أن يدفع ماله مضاربةً، وله أن يبضع، وله أن يوكل بالبيع والشراء والإِجارة والاستئجار، لأن هذه الأَشياء من توابع التجارة[1]، فكُلُّ من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها، ولهذا ملكها المأذون، وله أن يعير ماله استحساناً، والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس أَنَّ الإِعارة تمليك المنفعة بغير عوض، فكان ضرراً، وجه الاستحسان أن هذا من توابع التجارة وضروراتها، فتملك بملك التجارة، ولهذا ملكها المأذون.

وله أن يودع ماله؛ لأن الإيداع من ضرورات التجارة، وله أن يأذن له بالتجارة عندنا إذا كان يعقل البيع والشراء؛ لأن الإذن بالتجارة دون التجارة، فإذا ملك التجارة بنفسه فلأَنْ يملك الإِذن بالتجارة أَوْلَى.

وله أن يكاتب عبده؛ لأن المكاتبَةَ عَقْدُ معاوضةٍ، فكان في معنى البيع، وله أن يرهن ماله بدينه، لأن الرهن من توابع التجارة؛ لأن التاجر يحتاج إِليه؛ ولأنه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضاً، وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضاً؛ لأن عين المرهون تحت يد المرتهن إلا أنه إذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديًا من ذلك دين نفسه.

وله أن يجعل ماله مضاربةً عند نفسه، وينبغي أن يشهد على ذلك في الابتداء، ولو لم يشهد يحل له الربح فيما بينه وبين الله (تعالى)، ولكن القاضي لا يصدقه.

وكذلك إذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير، فإن أَشْهَدَ، فالربح على ما شرط، والإذن لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله (تعالى)، ولكن القاضي لا يصدقه، ويجعل الربح على قدر رأس مالهما.

وما عرفت من الجواب في الأَب فهو الجواب في وصيه حال عدمه، وفي الجد ووصيه حال عدمه إِلاَّ أَن بين الأَب ووصيِّهِ وبين الجد ووصيه فرقاً من وجوه مخصوصةٍ.

منها: أن الأَب أو الجد إذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل

---

(١) في أ: الإجارة.

قيمته أو بأقل ـ جاز، ولو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد أصلاً، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان خيراً لليتيم جاز، وإلاَّ فلا.

ومنها: أن لهما ولاية الاقتصاص لأجل الصغير في النفس وما دونها، وللوصي ولاية الاقتصاص فيما دون النفس، وليس له ولاية الاقتصاص في النفس.

ومنها: أن [له][1] ولاية الصلح في النفس وما دونها على قدر الدية من غير حط بلا خلاف، وليس لهما ولاية العفو، وفي جواز الصلح من الوصي روايتان، وقد ذكرنا الوجه في ذلك في «كتاب الصلح».

٣/ ٧٥ ب

ثم ولي اليتيم / ، هل يأكل من مال اليتيم؟ فنقول: لا خلاف في أنه إذا كان غنيًا لا يأكل، لقوله (تعالى): ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء:٦] فأما إذا كان فقيراً فهل له أنْ يأكل على سبيل الإباحة، أو ليس له أن يأكل إلا قرضاً.

اختلف فيه الصحابة (رضي الله عنهم): روي عن عبد الله بن عباس (رضي الله عنهما) أن له أن يأكل على سبيل الإباحة، لكن بالمعروف من غير إسرافٍ، وهو قول سيدتنا عائشة (رضي الله عنها)[2].

وروي عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أنه يأكل قرضاً، فإذا أيسر قَضَىٰ[3]، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس (رضي الله عنهما).

احتج هؤلاء بقوله (تعالى): ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء:٦] أمر (سبحانه وتعالى) بالإشهاد على الأيتام عند دفع المال إليهم، ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الأمانة لكان لا حاجة إلى الإشهاد؛ لأن القولَ قولُ الولي إذا قال دفعت المال إلى اليتيم عند إنكاره، وإنما الحاجة إلى الإشهاد عند الأخذ قرضاً ليأكل منه؛ لأن في قضاء الدين القولَ قولُ صاحب الدين، لا قول من يقضي الدين، وعن سعيد بن جبير (رضي الله عنه) أنه فسر قولَهُ (عزَّ وجلَّ): ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:٦] قال: قرضاً.

---

(١) سقط من ط.

(٢) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٢/ ٢١٥) وعزاه لعبد بن حميد وابن جرير وابن أبي حاتم والنحاس في ناسخه عن ابن عباس.

(٣) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٢/ ٢١٦) وعزاه إلى عبد الرزاق وسعيد بن منصور وابن سعد وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن أبي الدنيا وابن جرير والنحاس في ناسخه وابن المنذر.

احتج الأَولون بظاهر قوله (عزَّ شأنه): ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أطلق الله (عزَّ شأنه) لولي اليتيم أن يأكلَ من مال اليتيم بالمعروف، وهو الوسط من غير إِسراف.

ورُوِيَ أن رجلاً سأل رسولَ الله ﷺ فقال: ليس لي مالٌ، ولي يتيمٌ؟ فقال (عليه الصلاة والسلام): «كُلْ مِنْ مَالِ يَتِيمِكَ غَيْرَ مُسْرِفٍ وَلاَ مَتَأَثِّلٍ مَالَكَ بِمَالِهِ»[1] وذكر محمد ومالك في «الموطأ» أن الأفضل هو الاستعفاف من ماله؛ لما روي أن رجلاً أتى عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) فقال له: أوصي إلى يتيم، فقال عبد الله: لا تشتر من ماله شيئاً، ولا تستقرض من ماله شيئاً، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

فصل [في ترتيب الولاية]

وأما ترتيب الولاية، فأولى الأولياء الأبُ، ثم وصيُّهُ، ثم وصيُّ وصيِّهِ، ثم الجدُّ، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نَصبَهُ القاضي. وهو وصي القاضي.

وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب؛ لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، والنظر على هذا الترتيب؛ لأن ذلك مبني على الشفقة؛ وشفقةُ الأبِ فَوْقَ شَفَقَةِ الكُلِّ، وشفقةُ وصِيِّهِ فوقَ شفقة الجد؛ لأنه مرضي[2] الأب ومختاره، فكان خلف الأب في الشفقة، وخَلَفُ الشيء قائمٌ مقامَهُ؛ كأنه هو، وشفقة الجد فوق شفقة القاضي، لأَن شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي، ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي.

وكذا شفقة وصيه لأَنه مرضي الجد وخلفه، فكان شفقته مثل شفقته، وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة؛ لأَن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة، والله (سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ) أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١١٥) كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم الحديث (٢٨٧٢) والنسائي (٦/ ٢٥٦) كتاب الوصايا، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه.
وابن ماجه (٢/ ٩٠٧) كتاب الوصايا، باب قوله: «ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف» الحديث (٢٧١٨) وأحمد في المسند (٢/ ١٨٦، ٢١٥، ٢١٦) والبيهقي (٦/ ٢٨٤) كتاب الوصايا، باب والي اليتيم يأكل من ماله إذا كان فقيراً وابن الجارود في المنتقى رقم (٩٥٢) والبغوي في شرح السنة (٤/ ٤٣٢) كتاب العطايا والهدايا، باب ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم الحديث (٢١٩٨) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إني فقير وليس لي شيء ولي يتيم فقال: «كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبذر أو مباذر ولا متأثل».

(٢) في أ: وصي.

وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله، لأَن الأَخ والعم قاصراً الشفقة، وفي التصرفات تجري جنايات لا يهتم لها إلا ذو الشفقة الوافرة، والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي؛ لقصور عقل النساء عادةً، فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهن، لأن الوصي خلف الموصي قائم مقامه؛ فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي، وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء، ولوصي الأُم والأَخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقي ميراث للصغير، ثم ينظر إن كان واحد ممن ذكرنا حيًّا حاضراً فليس له ولاية التصرف أصلاً في ميراث[1] الصغير، لأَنَّ الموصي لو كان حيًّا لا يملكه في حال حياته؛ فكذا الوصي، وإن لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير، إلاَّ أنه يبيع المنقول لما أن بيع المنقول من باب الحفظ، لأَن حفظ الثمن أيسر وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظاً بنفسه.

وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير لأَنها محفوظة، وليس له أن يشتري شيئاً على سبيل التجارة، وله أن يشتري مَا لاَ بد منه للصغير، من طعامه، وكسوته، وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الإرث بأَنْ وُهِبَ له شيءٌ أو أَوصى له به، فليس له ولاية التصرف فيه أصلاً، عقاراً كان أو منقولاً؛ لأَنه لم يكن للموصى عليه ولاية؛ فكذا الوصي.

١٧٦ أ وأما / وصي المكاتب فله أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين المكاتب ولقضاء دين الكتابة، لأَن المكاتب كان يملكه بنفسه، فكذا وصيه، وما فضل من كسبه يكون ميراثاً لورثته.

أما الأَحرار منهم فلا شك، وكذا الولد المولود في الكتابة ومن كُوتب معه، لأَنه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته بعتق أبيه، وإذا صار الفاضل من كسبه ميراثاً لورثته، فهل يملك التصرف في مالهم.

ذكر في الزيادات أنه لا يملك إلا الحفظ، وجعله بمنزلة وصي الأُم والأَخ والعم، وفي «كتاب القسمة» الحقه بوصي الأب فإنه أجاز قسمته في العقارات، والقسمة في معنى البيع، فمن جازت قسمته يجوز بيعه، فكان فيه روايتان.

وهذا إذا مات قبل أداء بدل الكتابة، فأما إذا أَدَّىٰ بدل الكتابة في حال حياته، وعتق، ثم مات، كان وصيه كوصي الحرِّ بلا خلافٍ.

والثاني: ألا يكون في المبيع حق لغير البائع، فإن كان لا ينعقد كالمرهون والمستأجر لأَن فيه إبطال حق المرتهن والمستأجر، وهذا لا يجوز.

---

(١) في أ: مال.

وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة في بعضها أن البيع فاسد، وفي بعضها أنه موقوفٌ، وهو الصحيح؛ لأن رُكْنَ البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك مقدور التسليم من غير ضررٍ يلزمه.

والدليلُ على أنه مدور التسليم أنه يمكنه أن يفتك الرهن بقضاء الدين فيسلمه إلى المدين؛ وكذا احتمال الإِجازة من المرتهن والمستأجر ثابت في البابين جميعاً إلا أنه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فتوقف، ويمكن التوفيق بين الروايتين بأن يحمل قوله «فاسد» على أنه لا حكم له ظاهرٌ، وهو تفسير الموقوف عندنا، فإذا توقف على إِجازتهما، فإن أجاز جاز ونفذ.

وهل يملكان المطالبة بالفسخ؟

ذكر القدوري (رحمه الله) في شرحه وقال: أما المستأجر فلا يملك، وأما المرتهن فيجوز أنْ يُقَال يملك، فرق بينهما من حيث أَنَّ حَقَّ المستأجر في المنفعة لا في العين، إِذ الإِجارة عقد على المنفعة لا على العين، والبيع عقد على العين، فلم يكن البيع تصرفاً في محل حق المستأجر، فلا يثبت له الخيار، وحق المرتهن في العين لأَنه يستوفي الدين من بدل العين بالبيع عند عدم الافتكاك من الراهن؛ ولهذا لو أجاز البيع كان الثمن رهناً عنده، فكان البيع تصرفاً في محل حقه، فيثبت له الخيار، وهل يثبت للمشتري خيار الفسخ، فإن لم يعلم أنه مرهون أو مؤجر يثبت، لأَن العقدَ المطلق يقتضي التسليم للحال، وقد فات فيثبت له خيار الفسخ، وَإِن علم فلا خيار له؛ لأَنه رضي بالتسليم في الجملة.

ولو باع عبده الذي وجب عليه القود نفذ، لأَنه لا حق لولي القتيل في نفس القاتل، وإِنما له ولاية استيفاء القصاص، وإِنها لا تبطل بالبيع، فيجوز البيع ولا يصير المولى بالبيع مختاراً للفداء، سواء علم بالجناية أو لم يعلم؛ لأَن حق الولي في القصاص والبيع لا يبطل القصاص.

وكذلك لو أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها لما قلنا؛ وكذا لو باع عبده الذي هو حلال الدم بالردة؛ لأن الردة توجب إِباحة الدم لا غير، والبيع لا يبطلها، وكذا لو أعتقه أو دبره؛ وكذا لو باع عبده الذي وجب قطع يده بالسرقة أو وجب عليه حد من الحدود كحد الزنا والقذف والشرب؛ لأَن الواجب بهذه الجنايات ولاية استيفاء القطع والحد، والبيع لا يبطلها.

ولو باع عبده الذي وجب دفعه بالجناية يجوز، علم المولى بالجناية أولاً، ولا سبيلَ لولي الجناية على العبد ولا على المشتري؛ لأَنه لا حق له في نفسه العبد، وإِنما يخاطب المولى بالدفع إِلا أن يختار الفداء غير أنه إِن كان عالماً بالجناية يلزمه أرش الجناية، بالغاً ما بلغ، لأَن إِقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار للفداء؛ إذ لو لم يختر لما باعه، لما فيه

من إبطال حق ولي الجناية في الدفع، والظاهر أنه لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع إبطالاً لحقهم إلى بدل وهو الفداء، فكان الإقدام على البيع اختياراً للفداء، بخلاف ما إذا كان عليه قتلٌ أو قطع بسبب السرقة أو حد؛ لأن البيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق، فلم يكن الإقدام على البيع اختياراً للفداء، فلا تسقط هذه الحقوق، بل بقيت على حالها، وإن لم يكن[1] عالماً بالجناية يلزمه الأقلُ من قيمته / ومن أرش الجناية، لأنه إذا لم يكن عالماً بالجناية كان البيع استهلاكاً للعبد من غير اختياره، فعليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية؛ لأنه ما أتلف على ولي الجناية إلا قدر الأرش إلا إذا كان أقلهما عشرة آلاف درهم، فينقص منها عشرة دراهم، لأن قيمة قتل العبد خطأ إذا بلغ عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة دراهم.

٣/ ٧٦ ب

وكذلك لو أعتقه المولى أو دَبَّرَهُ أو كاتب أمة فاستولدها، جاز، ولا سبيل لولي الجناية على العبد والمدبر وأم الولد، غير أنه إن علم بالجناية كان ذلك اختياراً منه للفداء، وَإِنْ لم يعلم فعليه الأقل من قيمته ومن الدين وما زاد على هذا نذكره في كتاب جنايات العبيد في آخر «كتاب الجنايات»، إن شاء الله (تعالى).

فصل في شروط الصحة

وأما شرائط الصحة فأنواع: بعضُها يعم البياعات كلها، وبعضها يخص البعض دون البعض.

أما الشرائط العامة: فمنها: ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاذ؛ لأن ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة، إذ الصحة أمر زائد على [أصل][2] الانعقاد والنفاذ، فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ، والانعقاد عندنا، فإن البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا، وَإِن لم يكن صحيحاً.

ومنها: أن يكون المبيع معلوماً وثمنه معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وَإِن كان مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد، لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم، فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة، لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود.

---

(١) في ط: كان. (٢) سقط من ط.

وبيانه في مسائل إذا قال: بعتُك شاةً من هذا القطيع، أو ثوباً من هذا العدل، فالبيع فاسد؛ لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهولٌ جهالة مفضية إلى المنازعة؛ لتفاحش التفاوت بين شاةٍ وشاةٍ وثوبٍ وثوبٍ، فيوجب فساد البيع؛ فإنْ عيَّن البائع شاة أو ثوباً وسلمه إليه ورضي به، جاز، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة، ولأن البياعات للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى انقضاء آجالها، والتنازع يفضي إلى التفاني فيتناقض، ولأَن الرضا شرط البيع، والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم.

والكلام في هذا الشرط في موضعين:

أحدهما: أن العلم بالمبيع والثمن علماً مانعاً من المنازعة شرط صحة البيع.

والثاني: في بيان ما يحصل به العلم بهما.

أما الأوّل: فبيانه في مسائل: وكذا إذا قال: بعتُكَ أحد هذه الأَثواب الأَربعة بكذا، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال: بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأَثواب الثلاثة بكذا، أو سكت عن الخيار، فالبيع فاسدٌ، لأَن المبيع مجهول، ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي، فالقياس أن يفسد البيع، وفي الاستحسان لا يفسد.

وجه القياس أن المبيع مجهولٌ، لأنه باع أحدهما غير عينٍ وهو غير معلوم، فكان المبيع مجهولاً، فيمنع صحة البيع؛ كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار.

وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك يكون وروداً ههنا، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة؛ لاقتصار الأَشياء على الجيد، والوسط والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس؛ ولأَن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك، فإن كُلَّ أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه، خصوصاً الأكابر والنساء، فيحتاج إلى أن يأمر غيره ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس؛ لما عسى لا يوافق الآمر فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الآمر، فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور، ويرد الباقي، فجوزنا ذلك لتعامل الناس ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة، فبقى الحكم فيه على أصل القياس.

وقوله: المعقود عليه مجهول، قلنا: هذا ممنوعٌ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع[1] موجباً للملك عند اختياره لا للحال، والمعقود عليه عند

(١) في أ: العقد.

٣/ ٧٧ أ اختياره / معلومٌ مع ما أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة، لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء، فلا تقع المنازعة، وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار.

اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب، فذكر في «الجامع الصغير» على أن يأخذ المشتري أيهما شاء، وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام.

وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر الخيار، فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط، وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة (رحمه الله)، وعندهما الثلاث وما وزاد عليها بعد أن يكون معلوماً، وهو قول الكرخي والطحاوي (رحمهما الله)، وقال بعضهم يَصِحُّ من غير ذكر المدة.

وجه قول الأولين أَنَّ المبيعَ لو كان ثوباً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع، فَكَذَا إذا كان واحداً غير معين، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار، وأنه مفسد للبيع، لأن للمشتري أن يردهما جميعاً، والثابت بخيار التعيين رد أحدهما، وهذا حكم خيار الشرط، فلا بد من ذكر مدة معلومة.

وجه قول الآخرين أن توقيت الخيار في المعين إنما كان شرطاً؛ لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الغبن بواسطة التأمل، فكان في معنى الاستثناء، فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه، وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم، بل يثبت الحكم في أحدهما غير عين، وإنما يمنع تعين المبيع لا غير، فلا يشترط له بيان المدة، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث[١] على أصل أصحابنا، وخيار التعيين يورث بالإجماع إلاَّ أن للمشتري أن يردهما جميعاً لا حكماً لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة، بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم، فكان محلاً للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود، على ما نذكر إن شاء الله (تعالى).

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى ثوبين أو عبدين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه، ولا بين حصة كل واحد منهما من الثمن، أن البيع فاسدٌ فيهما جميعاً لجهالة المبيع والثمن.

---

(١) سيأتي الكلام على ذلك مفصلاً.

أما جهالة المبيع فلأن العقد في أحدهما بات وفي الآخر خيار، ولم يعين أحدهما من الآخر، فكان المبيع مجهولاً، وأما جهالة الثمن فلأنه إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً، فلا يعرف ذلك إلا بالحرز والظن، فكان الثمن مجهولاً، والمبيع مجهولاً، وجهالة أحدهما تمنع صحة البيع فجهالتهما أولى.

وكذا إذا عين الذي فيه الخيار لكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن. لأن الثمن مجهول؛ وكذا إذا بين ثَمَّنَ كل واحد منهما، لكل لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه، لأن المبيع مجهول، ولو عيَّنَ وبيَّن، جاز البيع فيهما جميعاً، لأن المبيع والثمن معلومان، ويكون البيع في أحدهما باتًا من غير خيار، وفي الآخر فيه خيار، لأنه هكذا فعل، فإذا أجاز مَنْ له الخيار البيع فيما له فيه الخيار، أو مات، أو مضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع، ولزم المشتري ثمنهما ـ ليس له أنْ يَأْخُذَ أحدهما أو كلاهما ما لم ينقد ثمنهما جميعاً، لأن الخيار لما سقط ولزم العقد، صار كأنه اشتراهما جميعاً شراءً باتًا، ولو كان كذلك كان الأمر على ما وصفنا؛ فكذا هذا.

ولو اشترى ثوباً واحداً أو دابةً واحدة بثمن معلوم على أن المشتري أو البائع بالخيار في نصفه، ونصفه بات، جاز البيع لأن النصف معلوم وثمنه معلوم أيضاً، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وَلَوْ بَاعَ عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم، والجملة أكثر مما سمى، فالبيع فاسدٌ لجهالة المبيع جهالةً مفضيةً إلى المنازعة، فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك، أو تراضيا عليه، فهو جائز؛ لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي، وإليه أشار في الكتاب فقال: وإنما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا، وهذا نص على جواز البيع بالمراوضة.

ولو قال بعت هذا العبد بقيمته، فالبيعُ فاسدٌ؛ لأنه جعل ثمنه قيمته، وإنها تختلف باختلاف تقويم المقومين، فكان الثمن مجهولاً؛ وكذلك إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطالٍ بدرهم. ولم يبين الموضع / ، فالبيع فاسدٌ، وكذلك إذا بين الموضع بأنْ قال: زِنْ من هذا الجنبِ رطلاً بكذا، أو من هذا الفخذ على قياس قول أبي حنيفة في السلم، وعلى قياس قولهما يجوز. ٣/ ٧٧ ب

وكذا روي عن محمد (رحمه الله) أنه يجوز؛ وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان؛ لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان، فكان الثمن مجهولاً؛ وكذا إذا قال: بعتُك هذا بقفيز حنطة، أو بقفيزي شعير؛ لأن الثمن مجهول، وقيل: هو البيعان في

بيع[١].

وقد رُوِيَ أَنَّ رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعٍ»[٢] وكذا إذا قال: بعتُك هذا العبد بألف درهم إلى سنة أو بألف وخمسمائة إلى سنتين، لأن الثمن مجهول، وقيل: هو الشرطان في بيع[٣].

---

(١) وصورة البيعتين في بيعة كأن يبيع السلعة بألزام بعشرة نقداً أو أكثر إلى أجل، ويختار بعد ذلك، أو يبيع بألزام إحدى سلعتين مختلفتين جنساً كثوب ودابة، أو صنعاً كرداء وكساء، وإنما نهى عنه للجهل بالثمن في الصورة الأولى، والجهل بالمثمن أو بهما في الصورة الثانية.

(٢) ورد ذلك من حديث ابن عمر، وحديث ابن مسعود، وأبي هريرة.

أما حديث ابن عمر:

أخرجه أحمد (٢/ ٧١)، والبزار (٢/ ١٠٠)، الحديث (١٢٩٩) من طريق هشيم أنا يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم وإذا أحلت على مليء فاتبعه ولا بيعتين في واحدة»، وأما البزار فرواه بلفظ: «نهى عن بيعتين في بيعة».

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٣١)، وقال: رواه البزار ورجاله رجال الصحيح خلا الحسن بن عرفة وهو ثقة.

وفاته أن يعزوه للإمام أحمد.

أما حديث ابن مسعود فأخرجه أحمد (١/ ٣٩٨): حدثنا حسن وأبو النضر وأسود بن عامر قالوا: ثنا شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة» قال أسود: قال شريك: قال سماك: الرجل يبيع البيع فيقول هو بنساء بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا. ورواه أيضاً، عن محمد بن جعفر، عن شعبة عن سماك به، عن ابن مسعود أنه قال: لا تصلح صفقتان في صفقة، وأن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه».

ورواه البزار (٢/ ٩٠) كتاب البيوع: باب النهي عن صفقتين في صفقة الحديث (١٢٧٧) باللفظ الأول: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة، وهو من طريق أسود بن عامر عن شريك عن سماك به.

وفي الباب عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما ليس عندك».

أخرجه بهذا اللفظ:

أحمد (٢/ ١٧٤ ـ ١٧٥)، والطيالسي ص (٢٩٨)، والدارمي (٢/ ٢٥٣) كتاب البيوع: باب في النهي عن شرطين في بيع، وأبو داود (٣/ ٧٦٩ ـ ٧٧٥) كتاب البيوع: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، الحديث (٣٥٠٤)، والترمذي (٣/ ٥٣٥ . ٥٣٦) كتاب البيوع: باب كراهية بيع ما ليس عندك، الحديث (١٢٣٤)، والنسائي (٧/ ٢٨٨) كتاب البيوع: باب بيع ما ليس عند البائع، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ ـ ٧٣٨) كتاب التجارات: باب النهي عن بيع ما ليس عندك، الحديث (٢١٨٨). وابن الجارود ص (٢٠٥ ـ ٢٠٦) باب المبايعات المنهى عنها من الغرر وغيره، الحديث (٦٠١)، والحاكم (٢/ ١٧) كتاب البيوع: باب لا يجوز بيعان، وقد تقدم.

(٣) وهو أن الشرط إمّا أن يقتضيه العقد أولاً، والثاني إما أن ينافي المقصود منه أو يخل بأحد العوضين، أولاً =

وقد رُوِيَ أن رسول الله ﷺ «نَهَىٰ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ»[1] ولو باع شيئاً يربح ده بازده ولم يعلم المشتري رأس ماله، فالبيعُ فاسد حتى يعلم، فيختارَ أو يدع؛ هكذا روى ابن رستم عن محمد؛ لأنه إذن لم يعلم رأس ماله، كان ثمنه مجهولاً، وجهالةُ الثمن تمنعُ صحةَ البيع، فإذا علم ورضي به جاز البيع، لأن المانع من الجواز وهو الجهالة عند العقد، وقد زالت في المجلس، وله حكم حالة العقد فصار كأنه كان معلوماً عند العقد، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ به حتى إذا افترقَا تقرر الفساد.

وَلَوْ هَلَكَ المبيعُ قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته، لأَن هذا حكم البيع الفاسد وقد تقرر

= ولا فالأقسام أربعة:

والمفسد منهما القسمان: الثاني والثالث: ومثال الشرط الذي يقتضيه العقد شرط تسليم المبيع للمشتري، ورد العوض عن انتقاص البيع، وانتفاع المشتري بالمبيع، إذ هذه الأمور لازمة للعقد من غير اشتراطها فيه لاقتضائه لها فشرطها تأكيد لموجبه.

ومثال ما لا يقتضيه، ولا ينافي المقصود منه، ولا يخل بأحد العوضين: شرط الأجل المعلوم للثمن، والخيار، والرهن، فهذه لا يقتضيها العقد ولكن لا تنافيه، ولا تخل بأحد العوضين، فلا تفسده، بل إن اشترطت عمل بها وإلاّ فلا. وأما الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وينافي المقصود منه، فمثاله: أن يشترط البائع على المشتري ألاّ يبيع أو لا يهب، أو ألا يتخذ الأمة أم ولد، أو ألاّ يخرج بها من البلد، أو ألاّ يركب الدابة المشتراة، أو ألاّ يسكن الدار المشتراه أو لا يؤجرها، أو على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، وسبب النهي عن مثل هذه الصور ما يفضي إليه الشرط من جعل العقد خالياً عن المقصود منه غير مستعقب لثمرة وهو بفسد العقد. أما الشرط الذي يخل بأحد العوضين، فكبيع وشرط سلف من أحدهما: لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن إن كان شرط السلف صادراً من البائع أو من جملة الدشمن إن كان الشرط صادراً من المشتري، والانتفاع بالسلف مجهول فيدخل جهالة فيهما. ينظر: أثر النهي في العبادات والمعاملات لشيخنا عبد المجيد فتح الله.

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد (٤/ ٨٥)، والخطابي في معالم السنن (٣/ ١٤٥ ـ ١٤٦)، والحاكم في علوم الحديث ص (١٢٨) ذكر النوع التاسع والعشرين في معرفة سنن رسول الله ﷺ يعارضها مثلها، وابن حزم في المحلى (٨/ ٤١٥ ـ ٤١٦)، عن عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة. فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً وشرط شرطاً، فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته، فقال البيع جائز والشرط جائز، فقلت: سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة! فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة قالت: «أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها» البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام، عن محارب بن دثار، عن جابر قال: «بعت النبي ﷺ ناقة وشرط لي حملانها إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز.

الفساد بالهلاك، لأَن بالهلاك خرج البيع عن احتمال الإِجازة والرضا؛ لأَن الإِجازة إِنَّما تلحق القائم دون الهالك، فتقرر الفساد فلزمته القيمة.

وروى ابن شجاع عن محمد أَنَّ البَيْعَ جَائِزٌ، وَمَعْنَاهُ أَنَّه موقوفٌ على الإِجازَةِ، وإِليه أَشَارَ أَبُو يُوسف (رَحِمَهُ الله) فإِنَّه قَالَ: صَحَّ، وهذه أمارة البيع الموقوف، فإِن مات البائع قبل أن يرضى المشتري، وقد قبض أو لم يقبض، انتقض البيع، ولو كان المبيع عبداً فقبضه، ثم أعتقه، أو باعه، أو مات قبل العلم ـ جاز العتق والبيع، وعليه قيمتُهُ لوجود الهلاك حقيقة بالموت، وبالإِعتاق في المبيع، فخرج البيع عن احتمال الإِجازة، فتأكد الفساد فيلزمه القيمة.

ولو أعتقه بعد ما علم برأس المال، فعليه الثمن لأَن إِقدامه على الإِعتاق دليل الإِجازة، ولو عتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته، لأَنه لا صنع له في القرابة، فلم يوجد دليل الإِجازة، فكان العتق بها بمنزلة هلاك العبد قبل العلم، وهناك تجب القيمة؛ كذا ههنا.

وكذا إِذا باع الشيء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقمه ورأس ماله، فهو كما إِذا باع شيئاً بربح ده بازده ولم يعلم ما اشترى به.

ولو قال: بعتُك قفيزاً من هذه الصبرة، صَحَّ، وإِن كان قفيزاً من صبرة مجهولاً، لكن هذه جهالة لا تفضي إِلى المنازعة، لأَن الصبرة الواحدة متماثلة القفزان، بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأَربعة، لأَن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشاً، وكذا بين ثوبٍ وثوبٍ، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ولو باع شيئاً بعشرةِ دَرَاهِم أو بعشرةَ دنانير، وفي البلد نقود مختلفة، انصرف إِلى النقد الغالب؛ لأَن مطلق الاسم ينصرفُ إِلى المتعارف، خصوصاً إِذا كان فيه صحة العقد، وإِن كان في البلد نقود غالبة، فالبيع فاسد؛ لأَن الثمن مجهول؛ إِذ البعض ليس بأَولى من البعض.

وعلى هذا يخرج أصل أبي حنيفة (عليه الرحمة) أن جملة الثمن إذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف إِلى جملة، فالبيع فاسدٌ، إِلاَّ في القدر الذي جهالته لا تفضي إِلى المنازعة.

وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو إِما إن كان من المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وإِما أن يكون من غيرها من الذرعيات والعدديات المتفاوتة، ولا يخلو إما أن سمى جملة الكيل والوَزن والعدد والذرع في البيع، وإِما أن لم يسم، أما المكيلات فإن لم يسم جملتها بأن قال: بعت مِنك[١] هذه الصبرة، كُلُّ قفيزٍ منها بدرهم، لم يجز البيع إِلاَّ في

(١) في أ: مثل.

قفيز منها بدرهم، ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة، ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق؛ بأنْ كَالَها، فله الخيار، إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم، وَإِنْ شاء ترك، وَإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد، وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة، كُلُّ قفيز منها بدرهم، سواء علم أو لم يعلم.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: كل قفيز منها بدرهمين، أو كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم، وعلى هذا الخلاف الوزن الذي لا ضرر في تبعيضه؛ كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددي المتقارب كالجوز واللوز إذا لم يسم جملتها.

وأما الذرعيات فإنْ لم يسم جملة الذرعان بأنْ قال: بعتُ / منك هذا الثوب أو هذه ٣/ ١٧٨أ الأرض أو هذه الخشبة، كُلُّ ذراع منها بدرهم، فالبيع فاسدٌ في الكل عند أبي حنيفة (رحمه الله) إلاَّ إذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس، فله الخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى إذا تفرقا تقرر الفساد، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز البيع في الكل، ويلزمه كل ذراع منه بدرهم.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: كل ذراعين بدرهمين، أو كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم، وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوتة؛ كالأغنام والعبيد؛ بأن قال: بعتُ منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها بعشرة دراهم، ولم يسم جملة الشياه، وعلى هذا الخلاف الوزني الذي في تبعيضه ضرر؛ كالمصوغ[1] من الأواني والقلب؛ ونحو ذلك.

وجه قولهما في مسائل الخلاف أن جملة البيع معلومة، وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع، فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع؛ كما إذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً، ولأبي حنيفة (رحمه الله) أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة، فتوجب فساد العقد، كما إذا باع الشي برقمه، ولا شك أن جهالة الثمن حَالَةَ العقدِ مجهولة؛ لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم، وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد، فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة، وكذلك هذا في الموزون والمعدود والمذروع.

وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة، مُسَلَّم، لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع، وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز، لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد، والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوعٌ على أصل أبي حنيفة (رحمه الله)، وإنما اختلف جواب

(١) في أ: كالمصنوع.

أبي حنيفة بين المثليات وغيرها من وجهٍ؛ حيث جوز البيع في واحد في باب الأمثال، ولم يجز في غيرها أصلاً؛ لأن المانع من الصحة جهالة الثمن؛ لكونها مفضية إلى المنازعة، وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة مع الصحة؛ لأنها لا تفضي إلى المنازعة.

ألا ترى لو اشترى قفيزاً من هذه الصبرة ابتداء جاز، فإذا تعذر العمل بعموم كلمة: (كل)[1] صرفت إلى الخصوص، لأنه ممكن على الأصل المعهود في صيغة العام إذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف إلى الخصوص عند إمكان الصرف إليه؛ بخلاف الأشياء المتفاوتة؛ لأن جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مقضية إلى المنازعة.

ألا ترى أن بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع لا يجوز ابتداء، فتعذر العمل بعموم كلمة: (كل) ففسد البيع في الكل، ولو قال: بعتُ منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهماً، فالبيعُ فاسدٌ في الكل بالإجماع.

وإن علم المشتري عدد الجملة في المجلس، واختار البيع، فرق بين المعدود المتفاوت، وبين المذروع والمكيل والموزون والمعدود المتقارب أن الواحد والاثنين هناك على الاختلاف، وإذا علم في المجلس واختار البيع، يجوز بلا خلافٍ، وههنا لا يجوز [في][2] الاثنين بلا خلافٍ، وإن علم واختار البيع.

ووجه الفرق أن المانع هناك جهالة الثمن وهي محتملة الارتفاع والزوال ثمة بالعلم في

---

(١) وهي أقوى صيغ العموم، ومن خصائصها أنها للمذكر، ويكون الإخبار عنها مفرداً، وجمعاً غير أن الإخبار بالمفرد أفصح، وهو بالنظر إلى اللفظ نحو كل رجل قائم.

والثاني: بالنظر إلى المعنى مثل قوله تعالى: ﴿وَكُلٌّ أَتَوْهُ دَاخِرِينَ﴾ وإذا دخلت كل للتأكيد كان ذلك فيما يتبعض باعتبار الفعل المستند إليه نحو اشتريت الفرس كلها، وقد لا يتبعض باعتبار فعل آخر، فلا يقال: حزت الفرس كلها، ومن خصائصها أيضاً: اختلاف حكمها في حالة النفي تقديماً وتأخيراً وذلك لأنها في الأولى لا يبقى الكلام معها مفيداً للعموم، بل لسلبه حيث إن القضية والحالة هذه جزئية يقال ما جاءني كل إخوتك، فالنفي فيه متوجه إلى الإيجاب الكلي ورفعه يصدق بالسلب الكلي، والإيجاب الجزئي فلا إفادة للعموم حينئذٍ، بل لسلبه الأعم من السلب الكلي، والإيجاب الجزئي.

وأما في الحالة الثانية: فتفيد العموم نصاً في حال الرفع نحو كل الدراهم لم أقبضها حيث إن الكلام يكون حينئذٍ إيجاباً عدولياً، فموجبه ثبوت عدم القبض لكل واحد من الدراهم، أما في حال النصب فلا تكون للعموم في شيء سواء اشتغل العقل بالضمير أم لا، وذلك لأنها حينئذٍ في حكم التأخير والوقوع في حيز النفي، وأكثر الألفاظ بها شبهاً أسماء الأعداد؛ لأنها موضوعة للكل من حيث هو كل، وهو لا يقتضي شمول النفي لجميع آحاد ذلك العدد، بل المجموع من حيث هو مجموع، فيصدق بالبعض. ينظر: العموم لشيخنا مصطفى جمال الدين.

(٢) سقط من ط.

المجلس، فكان المانع يحتمل الزوال، والجهالة ههنا لا تحتمل الارتفاع أصلاً؛ لأن ثمة كل واحد منهما مجهول لا يدري كم هو.

ولو قال: بعتُ منك هذه الصبرة بمائة درهم، كل قفيز بدرهم، ولم يسم جملة الصبرة، ولكنه سمى جملة الثمن، لم يذكر هذا في الأصل، وذكر الطحاوي (رحمه الله) أنه يجوز، وهو صحيحٌ، لأن المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع، ولو سمى المبيع لجاز على ما نذكره؛ كذا هذا.

هذا الذي ذكرنا إذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات، فأما إذا سماها بأن قال: بعتُ منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز، كُلُّ قفيز بدرهم، أو قال: على أنها مائة قفيز بمائة درهم، سمى لكل واحد من القفزان ثمناً على حدة، أو سمى للكل ثمناً واحداً، هما سواء، فلا شك في جواز البيع، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن معلومة، ثم إن وجدها كما سمى فالأمر ماضٍ، ولا خيار للمشتري، وإن وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم / للمشتري، بل ترد إلى البائع، ولا يكون للمشتري إلا قدر ما سمى، وهو مائة قفيز، ولا خيار له، وإن وجدها أقل من مائة قفيز، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان، وإن شاء تركها، وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى الصفة، بل هي أصلا فلا بد وأن يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة، فلا يدخل في البيع، فكان ملك البائع فيرد إليه، والنقصان فيه نقصان الأصل لا نقصان الصفة، فإذا وجدها أنقص مما سمى نقص من الثمن حصة النقصان، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه؛ لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له، فأوجب خللاً في الرضا، فيثبت له خيار الترك؛ وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تنقيصها[1] ضرر؛ لأن الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة، بل هي أصلٌ بنفسها، وكذلك المعدودات المتقاربة.

٣/٧٨ ب

وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها، فإن سمى لجملة الذرعان ثمناً واحداً ولم يسم لكل ذراع منها على حدة، بأن قال: بعتُ منك هذا الثوب على أن عشرة أذرع بعشرة دراهم، فالبيع جائزٌ؛ لأن المبيع وثمنه معلومان، ثم إن وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له، وإن وجده أحد عشر ذراعاً، فالزيادةُ سالمة للمشتري، وإن وجده تسعة أذرع لا يطرح لأجل النقصان شيئاً من الثمن، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك، فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة.

---

(١) في أ: تبعيضها.

ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا الصفة، والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة، فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكماً، والجودة والرداءة صفة، والصفة ترد على الأصل دون الصفة إلا أن الصفة تملك تبعاً للموصوف، لكونها تابعة [له][1] قائمة به، فإذا زاد صار كأنه اشتراه رديئاً، فإذا هو جيد كما إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط، فوجده كاتباً أو خياطاً، أو اشترى عبداً على أنه أعور فوجده سليم العينين، أو اشترى جاريةً على أنها ثيب، فوجدها بكراً، تسلم له ولا خيار للبائع، كذا هذا.

وإذا نقص صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئاً، أو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خَبَّاز أو صحيح العينين، فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين، أو اشترى جارية على أنها بِكْرٌ فوجدها ثيباً، لا يطرح شيئاً من الثمن، لكن يثبت له الخيار؛ كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة؛ لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف؛ لأنها أصل بنفسها حقيقة، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن، إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها، لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي، وفواتها يوجب النقصان والرداءة له، وهذا المعنى ههنا منعدمٌ فبقيت أصلا بنفسها حقيقة، وإن سمى[2] لكل ذراع منها ثمناً على حدة، بأن قال: بعتُ منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فالبيع جائزٌ لما قلنا، ثم إن وجده مثل ما سمى، فالأمر ماض، ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم، وإن وجده أحد عشر ذراعاً فهو بالخيار إن شاء أخذ كله بأحد عشر درهماً، وإن شاء ترك، وإن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار، وإن شاء طرح حصة النقصان درهماً وأخذ بتسعة دراهم، وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه، وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها؛ لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف، فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري، ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئاً كما في الفصل الأول، لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا.

وحل هذا الإشكال أن الذراع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق إذاً لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة.

فأما إذا أفرد به، فلا يجري مجرى الصفة مطلقاً، بل يكون أصلاً من وجه وصفة من وجهٍ، فمن حيث إِن التبعيض فيها يوجب / تعيب الباقي، كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة ٢/ ٧٩ أ

(١) سقط من ط. (٢) في أ: لم يسمى.

الجودة، ومن حيث إنه سمى لكل ذراع ثمناً على حدة، كان كل ذراع معقوداً عليه، فكانت الزيادة أصلاً من وجه صفة من وجه، فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري، لأَن الثمن يقابل الأصل لا الصفة، وإنما يدخل في البيع تبعاً على ما بينا.

ومن حيث إنها أصل لا يسلم له إلاَّ بزيادة ثمن اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر الإمكان، فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها؛ لأنه لو لزمه الأَخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهراً عند العقد، واختل رضاه، فوجب الخيار، وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي اعتباراً لجهة الأَصالة، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه وأوجب خللاً في الرضا، وذا يوجب الخيار، هذا إذا كانت الزيادة والنقصان ذراعاً تامًّا، فأما إذا كانت دون ذراع، لم يذكر هذا في ظاهر الروايات.

وذكر في غير رواية الأُصول اختلاف أقاويل أصحابنا الثلاثة في كيفية الخيار فيه، فأبو حنيفة ومحمد (رحمهما الله) فرقا بين الزيادة والنقصان، غير أن أبا حنيفة جعل زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة ذراع كامل، فقال: إِن شاء أخذه بأحد عشر درهماً، وإِن شاء ترك وجعل نقصان نصف ذراع كلاً نقصان؛ لكن جعل له الخيار، فقال: إن شاء أخذه بعشرة دراهم، وإِن شاء ترك، ولا يطرح من الثمن شيئاً، لأجل النقصان، ومحمد جعل على القلب من ذلك، فجعل زيادة نصف ذراع كلا زيادة، فقال يأخذ المشتري بجميع الثمن ولا خيار له، وجعل نقصان نصف ذراع كنقصان ذراع كامل؛ وقال: إن شاء أخذ بتسعة دراهم، وإن شاء ترك.

وأما أبو يوسف (رحمه الله) فسوى بين الزيادة والنقصان، فقال في زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن نصف درهم، وله الخيار إِن شاء أخذ بعشرة دراهم ونصف، وإِن شاء ترك.

وقال في نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار: إِن شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف، وإِن شاء ترك.

والقياس ما قاله أبو يوسف، وهو اعتبار الجزء بالكل إلا أنهما كأنهما استحسنا لتعامل الناس، فجعل أبو حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع تام، ونقصان نصف ذراع كَلاَ نقصان، لأَن الناس في العادات في بياعاتهم وأشريتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصاناً، بل يحسبونه ذراعاً تاماً، فبنى الأمر في ذلك على تعامل الناس، وجعل محمد الأمر في ذلك على القلب من ذلك؛ لما أن الباعة يسامحون في زيادة نصف على القدر المسمى في البيع عادةً، ولا يعدونه زيادة، فكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم عادة كأنه لم يزد، وكذا يسامحون فيعدون نقصان نصف ذراع في العادات نقصان ذراع كامل، فتركنا القياس بتعامل الناس، ويجوز أن يكون اختلاف جوابهما لاختلاف عاداتِ الناس، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وعلى هذا جميع المذروعات من الأرض والخشب وغيرها أنه إن لم يسم لكل ذراع ثمناً؛ بأن قال: بعتُ منك هذه الأرض على أنها ألف ذراع بألف درهم، فالبيعُ جائز لما قلنا، ثم إن وجدها مثل ما سمى، فالأمر ماض، ويلزمه الأرض كل ذراع بدرهم، وإن وجدها أزيد، فالزيادة سالمة له ولا خيار، وإن وجدها أنقص فهو بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لما ذكرنا أن زيادة الذرع في الذريات جارية مجرى الصفات، والثمن يقابل الأصل دون الصفة، وإن سمى لكل ذراع ثمناً على حدة، بأن قال كلُّ ذراع بكذا، فالبيع جائزٌ لما ذكرنا، ثم إن وجدها مثل ما سمى فالأمر ماضٍ، وإن وجدها أزيد فهو بالخيار، إن شاء أخذ الزيادة بثمنها، وإن شاء ترك؛ لأنه يلزمه زيادة ثمن لم يلتزمه كذا[1] العقد.

وإن وجد أنقص تسقط حصته من الثمن، وله الخيار لتفرق الصفقة على ما ذكرنا في الثوب، وعلى هذا الخشب وغيره من الذرعيات، وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر بأن قال: بعت منك هذه السبيكة من الذهب على أنها مثقالان بكذا، فالبيع جائز، ثم إن وجد على ما سمى، فالأمر ماضٍ، وإن وجده أزيد أو أنقص فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الذرعيات.

٣/ ٧٩ ب وعلى هذا إذا باع مصوغاً من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا منًا / بكذا درهماً، فوجده أكثر أو أقل، فهو على التفصيل الذي ذكرنا؛ لأن الوزن في مثله يكون ملحقاً بالصفة بمنزلة الذرع في الذرعيات، لأن تبعيضه[2] يوجب تعييب الباقي، وهذا حد الصفة في هذا الباب.

ولو باع مصوغاً من الفضة على أن وزنه مائة بعشر دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمناً على حدة، بأن قال: بعشرة دنانير، ولم يقل: كل وزن عشرة بدينار، وتقابضا وافترقا، فالبيع جائزٌ، ثم إن وجده على ما سمى، فالأمر ماضٍ، ولا خيار، وإن وجده أزيد بأن كان مائتي درهم مثلاً، فالكل للمشتري بعشرة دنانير، ولا يزاد في الثمن شيء؛ لأن الزيادة فيه بمنزلة الصفة، والصفات المحضة لا يقابلها الثمن، وإن وجده تسعين أو ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا، وإن سمى لكل عشرة ثمناً على حدة بأن قال: بعت منك على أن وزنه مائة بعشر دنانير، كلُّ وزن عشرة بدينار، وتقابضا، فالبيعُ جائز، ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماضٍ ولا خيار.

وإن وجد وزنه أزيد بأن كان مائة وخمسين، نظر في ذلك إن علم ذلك قبل التفرق فله الخيار، إن شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر ديناراً، وإن شاء ترك؛ لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد.

---

(١) في ط: لذا.

(٢) في أ: تنقيصه.

وإن علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه، وله الخيار في الباقي، إن شاء رضي به بعشرة دنانير، وإن شاء رد الكل واسترد الدنانير؛ لأن الشركة في الأعيان عيب.

وإن وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار، إنْ شَاءَ رده، وإن شاء رضي به واسترد من الثمن خمسة دنانير، وكذلك لو باع مصوغاً من ذهب بدراهم، فهو على هذا التفصيل.

ولو باع مصوغاً من الفضة بجنسها، أو باع مصوغاً من الذهب بجنسه. مثل وزنه؛ على أن وزنه مائة بمائة، ثم وجده أزيد مما سمى، فإن علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار، إن شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة، وأخذ الكل، وإن شاء ترك؛ لأن المجلس له حكم حالة العقد.

وإن علم بها بعد التفرق بطل البيع في الزيادة، لأن التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة، ولم يوجد في قدر الزيادة، وإن وجد أقل مما سمى، فله الخيار؛ إن شاء رضي بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن، وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن، سواء سمى الجملة أو سمى لكل وَزْنِ درهم درهماً، لأن عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع إلا سواء بسواءٍ، فصار كأنه سمى ذلك، وإن لم يسم حقيقة إلا الجملة.

وأما العدديات المتفاوتة كالغنم والعبيد ونحوها بأن قال بعتُ منك هذا القطيع من الغنم على أنها مائة شاة بكذا، فإن وجده على ما سمى، فالبيع جائز، وإن وجده أزيد، فالبيع فاسدٌ في الكل، سواء ذكر للكل ثمناً واحداً بأن قال: بعتُ منك هذا القطيع [من الغنم][1] على أنها مائة شاة بألف درهم، أو ذكر لكل شاة فيها ثمناً على حدة؛ بأن قال: كُلُّ شاة بعشرة دراهم؛ لأَن كل شاة أصل في كَونها معقوداً عليها، والزيادة لم تدخل تحت العقد؛ لأنه لا يقابلها ثمن، فلم تكن مبيعة وهي مجهولة، فكان الباقي مجهولاً ضرورة جهالة الزيادة، فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة وواحدة، فكان المبيع مجهولاً، وجهالةُ المبيع تمنعُ صحةَ البيع، سمى له ثمناً أو لم يسم، وَإِنْ وجده أقل مما سمى، فإن كان لم يسم لكل واحدة منها ثمناً، فالبيع فاسدٌ؛ لأن الثمن مجهول، لأَنه يحتاج إلى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة، فصار ثمن الباقي مجهولاً ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة.

وإِنْ سمى لكلِّ واحدة منها ثمناً على حدة، فالبيع جائز بحصة الباقي منها، لأَن حصته الزائدة معلومة، وحصة الباقي معلوم، فالفساد من أين؟ مِنْ أصحابنا مَن قال هذا مذهبهما، فأما

---

(١) سقط من ط.

عند أبي حنيفة (عليه الرحمة) فالبيع فاسدٌ في الكل بناءً على أن المذهب عنده أن الصفقة إذا أضيفت إلى ما يحتمل العقد وإلى ما لا يحتمله، فالفسادُ يشيع في الكل، وأكثر أصحابنا على أن هذا بلا خلاف، وهكذا ذكر في الأصل، ولم يذكر الخلاف، وهو الصحيح، لأن العقد المضاف إلى موجود يجوز أن يفسد لمعنى يوجب الفساد، ثم يتعدى الفساد إلى غيره.

وأما المعدوم فلا يحتمل العقد أصلاً، لأنه ليس بشيءٍ، فلا يوصف العقد المضاف إليه بالفساد / ليتعدى إلى غيره، بل لم تصح الإضافة إليه فيبقى مضافاً إلى الموجود، فيصح، لكن للمشتري الخيار إن شاء أخذ الباقي بما سمى من الثمن، وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه. ٣/ ١٨٠ أ

وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة، ولو قال: بعتُ منك هذا القطيع من الغنم على أنها مائة [شاة][1] كلُّ شاتين منها بعشرين درهماً، فالبيع فاسدٌ، وإن وجده على ما سمى، لأنَ ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول؛ لأنه لا يعرف حصة كل شاة منها من الثمن إلاَّ بعد ضم شاة أخرى إليها، ولا يعلم أية شاة يضم إليها ليعلم حصتها؛ لأنه إن ضم إليها أردأ منها كانت حصتها أكثر، وإن ضم إليها أجود منها كانت حصتها أقل؛ لذلك فسد البيع، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة (رحمه الله) فمين باع عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار، أو من هذا الحمام، أو من هذه الأرض ـ أن البيع فاسدٌ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: جائز.

ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم جاز، بالإجماع، والكلام فيه يرجع إلى معرفة معنى الذراع، فقالا: أنه اسم في العرف للسهم الشائع، ولو باع عشرة أسهم من مائة من هذه الأشياء جاز؛ فكذا هذا.

وأبو حنيفة (رحمه الله) يقول الذراع في الحقيقة اسم لما يذرع به، وإنما سمى المذروع ذراعاً مجازاً؛ إطلاقاً لاسم الفعل على المفعول، فكان بيع عشرة أذرع من دار[2] معناه بيع قدر عشرة أذرع مما يحله الذراع الحقيقي؛ لأنه لا يحل إلا محلاً معيناً، فكان المبيع قدر عشرة أذرع معين من الدار[3]، وهو الذي يحله الذراع الحقيقي، وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول، فكان المبيع مجهولاً جهالةً مفضيةً إلى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف السهم، لأَنه اسم للشائع وهو جزء معلوم من الثلث والربع والعشر ونحو ذلك، فبيعُ عشرةِ أسهم من

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: مائة ذراع.
(٣) في أ: الذراع.

مائة سهم من الدار هو بيع عشرة أجزاء من مائة جزء منها، وهو عشرها، فقد باع جزءاً معلوماً منها، فيجوز بخلاف الذراع، فإن قدر عشرة أذرع لا يصير معلوماً إلا بالحلول على ما مر فقبله يكون مجهولاً، فكان المبيع مجهولاً، فلم يصح، فوضح الفرق بينهما لأَبي حنيفة.

وعلى هذا يخرج ضربة الغائص وهو أن يقول الغائص للتاجر أغوص لك غوصة، فما أخرجته فهو لك بكذا، وهو فاسدٌ؛ لأَن المبيع مجهول.

وروي أَنَّ رسول الله ﷺ نهى عن ضربةِ الغائص وعلى هذا يخرج أجناس هذه المسائل، وبيع رقبة الطريق وهبته منفرداً جائز، وبيع مسيل الماء وهبته منفرداً فاسدٌ، ووجه الفرق أن الطريق معلوم الطول والعرض، فكان المبيع معلوماً، فجاز بيعه بخلاف المسيل، فإِنه مجهول القدر، لأن القدر الذي يشغل الماء من النهر غير معلوم، فكان المبيع مجهولاً، فلم يجز.

وأما العلم بأوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها، هل هو مانع من الصحة؟

قال أصحابنا: ليس بشرط الصحة، والجهل بها ليس بمانع من الصحة، لكنه شرط اللزوم، فيصح بيع ما لم يرد المشتري، لكنه لا يلزم، وعند الشافعي (رحمه الله) كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده.

وجه قوله أن جهالة الذات إنما منعت صحة العقد لافضائها إلى المنازعة؛ لأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها لاختلاف ماليتها، فالبائع إذا سلم عيناً، فمن الجائز أَنْ يطلب المشتري عيناً أخرى أجود منها باسم الأولى، فيتنازعان وجهالة الوصف مفضيةٍ إلى المنازعة أيضاً؛ لأن الغائب عن المجلس إذا أحضره البائع، فمن الجائز أنْ يقولَ المشتري هذا ليس عين[1] المبيع، بل مثله من جنسه، فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية؛ ولأن عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع، ونهى رسولُ الله ﷺ عن بيع فيه غرر، وبيان تمكن الغرر أن الغرر هو الخطر[2] وفي هذا البيع خطر من وجوه:

أحدها: في أصل المعقود عليه.

---

(١) في أ: غير.

(٢) والغرر: التردد بين أمرين، أحدهما على الفرض، والثاني: على خلافه؛ كبيع السلعة بقيمتها التي ستظهر في السوق، أو التي يقول أهل الخبرة: وإنما نهى عنه للجهل بالعوض وقت العقد، فيفضي إلى المنازعة، لعدم الاتفاق على الثمن، وقد جعل العقد لقطعها، وكذلك إن باع بما يحكم به، أو بما يحكم به المشتري أو الأجنبي من الثمن، أو بما يرضى به، وإنما يفسد العقد في هذه الصورة ونحوها، إن عقداه على صفة اللزوم لهما أو لأحدهما، فإن كان على الخيار صحَّ؛ إذ لا يفضي إلى المنازعة وقتئذٍ.

والثاني: في وصفه؛ لأن دليل الوجود إذا كان غائباً هو الخبر، وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب، فيتردد المعقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم.

والثالث: في وجود التسليم وقت وجوبه، لأن وقت الوجوب وقت نقد الثمن، وقد يتفق النقد، وقد لا يتفق، والغرر من / وجه واحد يكفي لفساد العقد، فكيف من وجوه ثلاثةٍ. ٣/ ٨٠ ب

وروي عن النبي (عليه السلام) أنه قال: «لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[1] و«عند» كلمة حضرة والغيبة تنافيها، والخلاف في البيع والشراء خلاف واحد.

ولنا عمومات البيع من غير فصل ونص خاص، وهو ما روي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «مَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئاً لَمْ يَرَهُ، فَهُوَ بِالخِيَارِ إِذَا رَآهُ وَلاَ خِيَارَ شَرْعاً إِلاَّ فِي بيعٍ مَشْرُوعٍ»[2] ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه، فيصح كشراء المرئيِّ، وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه، ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلوله في محله.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٨) كتاب البيوع: باب حكم بيع المصراة حديث (٢٦/ ١٥٢٤) وعبد الرزاق (٨/ ١٩٧) رقم (١٤٨٥٨) والحميدي (٢/ ٤٤٦) رقم (١٠٢٩) وأحمد (٢/ ٢٤٨) والنسائي (٧/ ٢٥٤) كتاب البيوع: باب النهي عن المصراة وأبو داود (٣/ ٧٢٧) كتاب البيوع والإجارات: باب من اشترى مصراة فكرهها حديث (٣٤٤٤) والترمذي (٣/ ٥٥٣ ـ ٥٥٤) كتاب البيوع: باب ما جاء في المصراة حديث (١٢٥٢) وابن ماجه (٢/ ٧٥٣) كتاب التجارات: باب بيع المصراة حديث (٢٢٣٩) وابن الجارود (٥٦٥، ٥٦٦) وأبو يعلى (١٠/ ٤٣٥) رقم (٦٠٤٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٩) باب بيع المصراة والبيهقي (٥/ ٣١٨) كتاب البيوع: باب الحكم فيمن اشترى مصراة، كلهم من طريق محمد بن سيرين عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أن يمسكها أمسكها وإن شاء أن يردها ردها ومعها صاع من تمر لا سمراء.
وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
وأخرجه مالك (٢/ ٦٨٣ ـ ٦٨٤) كتاب البيوع: باب ما ينهى عن المساومة والمبايعة حديث (٩٦) والبخاري (٤/ ٤٢٣) كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل حديث (٢١٥٠) وأحمد (٢/ ٢٤٢) والحميدي (٢/ ٤٤٦) رقم (١٠٢٨) وأبو داود (٣/ ٧٢٧) كتاب البيوع: باب من اشترى مصراة فكرهها حديث (٣٤٤٣) والنسائي (٧/ ٢٥٣) كتاب البيوع: باب النهي عن المصراة والبيهقي (٥/ ٣٤٦) كتاب البيوع: باب لا يبع حاضر لباد، كلهم من طريق أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة.
وأخرجه أبو داود الطيالسي (١/ ٢٦٧ ـ منحة) رقم (١٣٤٤) وأحمد (٢/ ٣٨٦، ٤٠٦، ٤٦٩، ٤٨١) والترمذي (٣/ ٥٥٣) كتاب البيوع: باب ما جاء في المصراة حديث (١٢٥١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٧) من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن زياد عن أبي هريرة به.

وقوله: جهالة الوصف تفضي إلى المنازعة، ممنوعٌ؛ لأَنه صدقه في خبره حيثُ اشتراه، فالظاهر أنه لا يكذبه، ودعوى الغرر ممنوعةٌ، فإن الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك، وههنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه، على كذبه، فلم يكن فيه غرر على أنا إن سلمنا أَن الغرر اسم لمطلق الخطر، لكن لم قلتم إِن كل غرر يفسد العقد.

وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغر هو الخطر، ويحتمل أن يكون من الغرور، فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالإِضافة إِلى وقت، عملاً» بالدلائل كلها.

وأما الحديث الثاني: فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوكٍ عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه، أو بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه، وهذا يوافق ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «بَيْعُ السَّمَكِ فِي المَاءِ غَرَرٌ».

وعلى هذا الخلاف إذا باع شيئاً لم يره البائع أنه يجوز عندنا، وعنده لا يجوز، وإذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع؟ فعن أبي حنيفة روايتان: نذكر ذلك في موضعه، إن شاء الله (تعالى).

وعلى هذا الخلاف شراء الأعمى وبيعه جائز عندنا.

وقال الشافعيُّ: إذا ولد أعمى لا يجوز بيعه وشراؤه، وإن كان بصيراً فرأى الشيء ثم عمي فاشتراه، جاز، وما قاله مخالفٌ للحديث والإِجماع[1].

---

(١) عمي المشتري ينزل منزلة غياب المبيع بالنسبة له لو كان مبصراً لأن المبيع بالنسبة في الحالين غير مرئي.
وعدم الرؤية هو مناط اختلاف المذاهب في حكم بيع الغائب. ولا فرق بين أن يكون عدم الرؤية راجعاً لوصف في المبيع كغيبته وستره أو لوصف في العاقد كعماه.
ولذا فالمذاهب في صحة بيع الأعمى وشرائه هي المذاهب في صحة بيع الغائب وعدم صحته.
مذهب الحنفية هو صحة بيعه وشرائه وله الخيار إذا اشترى لأنه يصدق عليه أنه اشترى ما لم يره فيكون داخلاً في عموم الحديث.
وسواء عندهم أكان المقصود من المبيع مما يدرك بحاسة البصر أو مما يدرك بغيرها من الحواس كالشم أو الذوق. فما يدرك بحاسة البصر يكون له الخيار فيه إذا وصف له وما يدرك بحاسة الشم يكون له الخيار فيه إذا شمه كالمسك. وهكذا سائر الحواس. وإنما كان الأمر كذلك لأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود من المبيع. فتكون من باب عموم المجاز. إذ هناك مبيعات لا يكتفي فيها بمجرد الرؤية كما لو اشترى طيباً مثلاً لا بد من شم رائحته حتى يثبت له خيار الرؤية اتفاقاً.
=

أما لأول: فإنه روي عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أَنَّ النبيَّ (عليه السلام) حين قال لحبان بن منقذ إذا بايعت فقل: لاَ خَلاَبَةَ وَلِيَ الخِيَارُ ثَلاَثَةُ أَيَّامٍ»[1] وكان حبان ضَرِيراً.

= وظاهر أن الخيار إنما يثبت للأعمى بما ذكر إذا لم يوصف له قبل البيع أو لم يشمه أو يذقه وهكذا لأن هذا منه منزل منزلة الرؤية.

ومذهب المالكية والحنابلة أن المبيع إن كان مما يدرك المقصود منه بغير الرؤية كالروائح والمذوقات صح بيعه وشراؤه منه إن شمه أو ذاقه ولا خيار له لأنه كالبصير في ذلك وإن كان مما يدرك المقصود منه بالرؤية فلا يصح بيعه ولا شراؤه حتى يوصف له ويكون له الخيار إذا اشترى وتخلف الوصف كالبصير في المبيع الغائب الموصوف وأما الشافعية فلم يصححوا له بيعاً ولا شراء مطلقاً كمذهبهم في بيع الغائب بل عليه أن يوكل.

ومذاهب أهل العلم في صحة بيع الغائب كما يلي فمذهب الحنفية هو صحة بيعه سواء وصف للمشتري أم لم يوصف لكن بشرط أن يعلم المشتري جنسه على أقل تقدير ثم للمشتري الخيار إذا رآه مطلقاً أعني سواء كان مطابقاً للوصف ـ فيما إذا وصف ـ أو لم يطابق.

ومذهب المالكية: أن الغائب المذكور إن لم يوصف للمشتري فلا يصح بيعه إلا مع شرط خيار الرؤية، وإن وصف صح بيعه بالشرط المذكور من باب أولى، وبدونه أيضاً، ولكن بشرطين ألا يضمن بعده، وأن تشق رؤية، فإن جاء، كما وصف فالمشتري مجبر على قبوله، وإلا فهو بالخيار لتخلف الوصف.

ومذهب الحنابلة: أنه إن وصف بصفة السلم صح بيعه، ولزم المشتري قبوله إن جاء على الوصف وإن جاء على غير ما وصف فهو بالخيار لتخلف الوصف، وإن لم يوصف بوصف السلم فبيعه باطل.

ومذهب الشافعية في القديم قريب من هذا المذهب.

ومذهب الظاهرية: أنه إن وصف صح البيع ولزم المشتري ما دام مطابقاً للوصف، وإلا فالبيع باطل مفسوخ.

ومذهب الشافعية: هو عدم صحة بيعه على كل حال سواء وصف للمشتري، أو لم يوصف، فمذهبهم مقابل لمذهب الجمهور في الجملة، ولمذهب الحنفية على خط مستقيم. ينظر: الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ص (١٩٧)، باب في التجارات، الحديث (٥٦٧) والدارقطني، السنن (٣/ ٥٤ ـ ٥٥) كتاب البيوع، الحديث (٢١٧) والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٢)، كتاب البيوع، باب ما من عبد كانت له نية في أداء دينه. . . . . ، والبيهقي، السنن الكبرى (٥/ ٢٧٣) كتاب البيوع، باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار من طريق محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر «أن حبان بن منقذ كان سفع في رأسه مأمومة فثقلت لسانه وكان يخدع في البيع، فجعل رسول الله ﷺ مما ابتاع فهو بالخيار ثلاثاً، وقال له رسول الله ﷺ: بع وقل لا خلابة. فسمعته يقول: لا خلابة لا خلابة. لفظ ابن الجارود وأخرجه الحميدي في مسنده (٢/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣) قال: حدثنا سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر: «أن منقذاً سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه، فكان إذا باع يخدع في البيع، فقال له رسول الله ﷺ: «بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار ثلاثاً» الحديث وله طريق آخر. وأخرجه البخاري في التاريخ الكبير والصغير كما في تلخيص الحبير (٣/ ٢١). وابن ماجه (٢/ ٧٨٩) كتاب الأحكام: باب الحجر على من يفسد ماله حديث (٢٣٥٥) والدارقطني (٣/ ٥٥) كتاب البيوع، حديث (٢٢٠) والبيهقي =

وأما الإِجماع: فإِن العميان في كل زمان من لدن رسول الله ﷺ، لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم، بل بايعوا في سائر الأعصار من غير إِنكار، وإِذا جاز شراؤه وبيعه فله الخيار فيما اشترى، ولا خيار له فيما باع في أصح الروايتين كالبصير، ثم بماذا يسقط خياره؟ نذكره في موضعه.

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى شيئاً مغيباً في الأرض؛ كالجزر والبصل والفجل ونحوها أنه يجوز عندنا، وعنده لا يجوز، ويثبت له الخيار إذا قلعه، وعنده لا يجوز أصلاً.

وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن، فنقول: العلم بالمبيع لا يحصل إلا بالإِشارة إليه، لأن التعيين لا يحصل إلا بها، إلا إذا كان ديناً كالمسلم فيه، فيحصل العلم به بالتسمية، والعلم بالثمن لا يحصل إلا بالتسمية، والإِشارة إليه عندنا مجازٌ عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره؛ على ما يعرف في موضعه، إن شاء الله (تعالى)، غير أن المبيع إن كان أصلاً لا بد من الإِشارة إليه بطريق الأَصالة ليصير معلوماً، وإِن كان تبعاً يصير معلوماً بالإِشارة

= (٥/ ٢٧٣) كتاب البيوع: باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار.
من طريق محمد بن إسحاق قال: حدثني محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمر وأصابته آمّه في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: إن بعت فقل: لا خلابة، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال وعاش ثلاثين ومائة سنة، وكان في زمن عثمان حين كثر الناس يبتاع في السوق فيغبن فيصير إلى أهله فيلومونه فيرده ويقول: إن النبي ﷺ - جعلني - بالخيار ثلاثاً حتى يمر الرجل من أصحاب النبي ﷺ فيقول: صدق.
وقد أعل الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٧) هذا الطريق بالإرسال.
أما البوصيري فقال في «الزوائد» (٢/ ٢٢٦): هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق. اهـ.
وهذا فيه نظر فقد صرح ابن إسحاق بالتحديث في روايات أخرى.
وله طريق آخر أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٤) الحديث (٢١٦) والطبراني في الأوسط كما في «نصب الراية» (٤/ ٨) من طريق ابن لهيعة ثنا حبان بن واسع عن طلحة بن يزيد بن ركانة، أنه كلم عمر بن الخطاب في البيوع قال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، إنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام، إن رضي أخذ وإن سخط ترك». وفي الباب عن أنس أخرجه أحمد، المسند (٣/ ٢١٧) في مسند أنس بن مالك رضي الله عنه، وأبو داود (٣/ ٧٦٧) كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يقول في البيع، لا خلابة، الحديث (٣٥٠١)، والترمذي (٣/ ٥٥٢) كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع، الحديث (١٢٥٠) والنسائي (٧/ ٢٥٢) كتاب البيوع، باب الخديعة في البيع، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨) كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، الحديث (٢٣٥٤) وابن الجارود، المنتقى ص (١٩٧) باب في التجارات، الحديث (٥٦٨) والدارقطني، السنن (٣/ ٥٥) كتاب البيوع، الحديث (٢١٨) و(٢١٩) وقال الترمذي حسن صحيح غريب.

إلى الأصل لأن التبع[1] كما لا يفرد بعلة على حدة، لا يفرد بشرط على حدة، إذ لو أفرد لانقلب أصلاً، وهذا قلب الحقيقة.

وبيان ذلك في مسائل: إذا باع جاريةً حاملاً من غير مولاها، أو بهيمةً حاملاً، دخل الحمل في البيع تبعاً للأم؛ كسائر أطرافها، وإن لم يسمه ولا أشار إليه، ولو باع عقاراً دخل ما فيها من البناء والشجر بنفس البيع، ولا يدخل الزرع والثمر إلا بقرينة.

وجملةُ الكلام في بيع العقار أَنَّ المبيع لا يخلو من أن يكون أرضاً أو كَرْماً أو داراً أو منزلاً أو بيتاً، وكل ذلك لا يخلو إما إن لم يذكر في بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها، وإما إن ذكر شيئاً من ذلك، فإن كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيئاً من القرائن، دخل ما فيها من الأبنية والأشجار، ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء.

وقال مالك (رحمه الله): ثمار سائر الأشجار كذلك، وكذلك / ثمر النخل إذا أبر، فأما إذا لم يؤبر يدخل. ٨١/أ

واحتج بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِرَتْ، فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ»[2] قَيَّدَ (عليه الصلاة والسلام) ملك البائع في الثمرة بوصف التأبير، ولو لم يكن يختلف الحكم، لم يكن للتقييد فائدة.

ولنا ما روي عن محمد (رحمه الله) في كتاب الشفعة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنِ اشْتَرَىٰ أَرْضاً فِيهَا نَخْلٌ، فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ»[3] جعل (عليه الصلاة والسلام) الثمرة للبائع مطلقاً عن وصف وشرطٍ، فدل أن الحكم لا يختلف بالتأبير وعدمه، ولأن النخل اسم لذات الشجرة، فلا يدخل ما عداه إلا بقرينة زائدة، ولهذا لم يدخل ثمار سائر الأشجار ولا حجة له فيما روي؛ لأن تقييد الحكم بوصف لا يدل على أن الحكم في غير الموصوف بخلافه، بل يكون الحكم فيه مسكوتاً موقوفاً على قيام الدليل، وقد قام، وهو ما روينا، ولا يحمل المطلق على المقيد عندنا؛ لما فيه من ضرب النصوص بعضها في بعض، وهذا لا يجوز، لما عرف في أصول الفقه.

وكذلك إن كان كَرْماً يدخل في بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكرِ قرينة، ولا تدخل الفواكه والبقول، والأصل أن كل ما ركب في الأرض يدخل، وما لم يركب فيها أو ركب لا للبقاء، بل لوقت معلوم، لا يدخل، وكذا يدخل الطريق إلى الطريق الأعظم، والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة، وإن ذكر شيئاً من القرائن.

(١) في ط: البيع. (٢) تقدم.
(٣) تقدم وانظر تخريج الحديث السابق.

فإن ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذي يكون في ملك إنسان، وهو حق المرور في ملكه.

ولا يدخل الزرع والثمر لأنَها أعيان قائمة بنفسها، فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق، بخلاف الشرب والمسيل والتطرق؛ فإنها عبارة عن حق الشرب والسقي والتسييل والمروز، فيتناولها الاسم.

وإن ذكر القليل والكثير بأن قال: بعتُها منك بكل قليلٍ وكثير هو فيها ومنها، فهل يدخل الزرع والثمر؟

ينظر إن قال في آخره من حقوقها فلا يدخلان، لأنَّ قولَهُ من حقوقها خرج تفسيراً لأول الكلام، فكأنه نص على البيع بحقوقها، وإن لم يقل في آخره من حقوقها، دخل فيه الزرع والثمر، وكل ما كان متصلاً به، لأن اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك.

وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود والحطب واللبن والقصب الموضوع، فلا يدخل في البيع إلاَّ بالتسميةِ، فرق بين البيع والإجارة أن الشرب والمسيل والطريق الخاص في ملك إنسان يدخلُ في الإجارة من غير ذكر الحقوق، والمرافق لا يدخل بدونه.

والقياس أَنْ لا يدخل في البابين جميعاً إلاَّ بالتسمية إلاَّ أنهم استحسنوا في الإجارة، لأنها تعقد للانتفاع بالمستأجر، ولا يمكن الانتفاع به بدون الحقوق [فصارت الحقوق][1] مذكورة بذكر المستأجر دلالة؛ بخلاف البيع، فإنه يعقد للملك والانتفاع ليس من ضرورات الملك، فإنه يثبت الملك فيما لا ينتفع به.

وَكَذَا فرق بين البيع والرهن، فإِنَّ مَنْ رَهَنَ عند رجلٍ أرضاً فيها زرعٌ وأشجارٌ عليها ثمار وسلمها إليه، أنه يدخل في الرهن كل ما كان متصلاً بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير.

ووجه الفرق أن تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن على ما نذكر في كتابه، فمتى أقدما على عقد الرهن فقد قَصَدَا صحته، ولا صحة له إلا بدخول ما كان متصلاً بالمرهون، فدخل فيه تصحيحاً للتصرف؛ إذ لا صحة له بدونه، بخلاف البيع، فإن تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع، فلا ضرورة في الدخول بغير التسمية، فلا يدخل بدونها.

---

(١) سقط من ط.

هذا إذا كان المبيع أرضاً أو كَرْماً، فإن كان داراً يدخلُ في بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو وسفل، وجميع ما تجمعه الحدود الأربعة، من غير ذكر قرينة، وتدخل أغاليق الدار ومفاتيح أغاليقها.

أما الأغاليق: فلأنها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم فتدخل كالميزاب.

وأما المفاتيح: فلأن مفتاح الغلقِ مِنَ الغلقِ؛ ألا ترى أنه لو اشترى الغلق دخل المفتاح فيه من غير تسمية فيدخل في البيع بدخول الغلق، ويدخل طريقها إلى طريق العامة، وطريقها إلى سكة غير نافذة؛ كما يدخل في الأرض والكرم، ويدخل الكنيف والشارع والجناح، كُلُّ ذلك يدخل من غير قرينة، وهل تدخل الظلة؟ ينظر إن لم / يكن مفتحها إلى الدار لا تدخل بالاتفاق، وإن كان مفتحها إلى الدار لا تدخل أيضاً عند أبي حنيفة (رحمه الله)، وعند أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله): تدخل. ٣/ ٨١ ب

وجه قولهما أن الظلة إذا كانت مفتحها إلى الدار، كانت من أجزاء الدار، فتدخل تحت بيع[1] الدار كالجناح والكنيف.

ولأبي حنيفة أَنَّ ظلة الدار خارجة عن حدودها، فإنها اسم لما يظل[2] عند باب الدار خارجاً منها، فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج؛ وبهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث.

وأما ما كان لها من بستان فينظر إن كان داخل حد الدار يدخل، وإن كان يلي الدار لا يدخل من غير تسمية، وقال بعضُهم: إن كانت الدار صغيرة يدخل، وإن كانت كبيرة لا يدخل؛ لأنها إذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعاً للدار، وإذا كانت كبيرة لا يمكن، وقال بعضهم: يحكم الثمن، فإن صلح لهما يدخل، وإلاَّ فلا يدخل.

وأما مسيل الماء والطريق الخاص في ملك إنسان وحق القاء الثلج، فإن ذكر الحقوق والمرافق يدخل، وكذا إن ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها، سواء ذكر في آخره من حقوقها أو لم يذكر، وتدخل الظلة أيضاً بلا خلاف إذا كان مفتحها إلى الدار، وإذا كان المبيع بيتاً فيدخل في بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق إلى الطريق العامة، والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة، وأما الطريق الخاص في ملك إنسان فلا يدخل إلا بذكر أحد القرائن الثلاث، ولا يدخل بيت العلو إن كان على علوه بيت، وإن ذكر القرائن، لأَن العلو بيت مثله، فكان أصلاً بنفسه، فلا يكون تبعاً له، وإن لم يكن على علوه بيت، كان له أَنْ يبني على علوه.

---

(١) في ط: ببيع. (٢) في أ: يصل.

وإن كان البيت في داره فباعه من رجلٍ لا يدخل في البيع طريقه في الدار إلاَّ بذكر الحقوق، ثم إن كان البيع يلي الطريق الأعظم يفتح له باباً إليه، وإن كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع، وله أن يستأجر الطريق إليه أو يستعير من صاحب الدار، فرقٌ بين هذا وبين القسمة إذا أصاب أحد الشريكين في الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير طريق، أنه ينظر إن أمكنه فتح الباب إلى الطريق ليس له أن يتطرق في نصيب شريكه، سواء ذكروا في القسمة الحقوق والمرافق أو لا.

وكذا إذا كان مسيل مائة في نصيب شريكه، قبل القسمة، انقطع ذلك الحق إن أمكنه تسييل في نصيب نفسه، ليس له أن يسيل في نصيب شريكه، وإن لم يمكنه تسييل الماء ولا فتح الباب في نصيب نفسه ويمكنه ذلك في نصيب شريكه؛ فإنه يُنظر إن ذكروا في القسمة الحقوق أو المرافق فالطريق والمسيل يدخلان في القسمة، ولا تبطل القسمة، وإن لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة.

ووجه الفرق أن القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها فإن أَدَّتْ إلى تفويتها بطلت، والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا، ويجوز بيع بيت العلو دون السفل إذا كان على العلو بناء، وإن لم يكن عليه بناء لا يجوز، لأَنه بيع الهواء على الانفراد، وأنه لا يجوز، ثم إذا باع العلو وعليه بناءٌ حتى جاز البيع، فطريقُه في الدار لا يدخل الطريق إلا بذكر الحقوق.

ويجوز بيع السفل سواء كان مبنيًا أو غير مبنيٍّ، لأَنه بيع الساحة، وذلك جائز، وإن لم يكن عليه بناء، وإن كان المبيع منزلاً يدخل في بيت السفل ولا يدخل بين العلو ولا الطريق الخاص إلاَّ بذكر الحقوق أو المرافق، أو بذكر القليل والكثير؛ لأن المنزل أعم من البيت وأخص من الدار، فكان بين الدار والبيت فيعطي له حكم بين حكمين، فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة، اعتباراً للخصوص، ويدخل فيه بقرينة اعتباراً للعموم؛ عملاً بالجهتين بقدر الإمكان، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ثم إذا لم تدخل الثمرة بنفس البيع يجبر البائع على قطعها من الشجرة، وليس له أن يتركها على الشجرة إلى وقت الإدراك، وكذا الزرع عندنا، وعند الشافعي لا يجبر، وله أن يترك الثمرة على الشجرة إلى وقت الإدراك، ويترك الزرع إلى أن يستحصد.

وجه قوله أن الجبر على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الإدراك، لأنه لا يقطع ولا يقلع إلاَّ بعد الإدراك عادة، فلا يجب عليه التسليم قبله؛ كما إذا انقضت مدة الإجارة والزرع لم يستحصد أنه لا يجبر على القلع، بل / يترك إلى أن يستحصد. ٣/ ٨٢ أ

ولنا أن البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل، لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك،

وتسليم بتسليم، فالقولُ بتأخير التسليم بغير مقتضى العقد، وقوله العادة أن الثمرة تترك على الشجرة إلى وقت الإِدراك، قلنا: العادة، هذا قبل البيع، أما بعده فممنوعٌ، بل تقطع بعده ولا تترك، لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فلا بد من إزالة الشغل، وذلك بقطع الثمرة؛ هكذا نقول في مسألة الإِجارة أنه يجب تسليم الأرض عند انتهاء المدة، وإنما تترك بإجارةٍ جديدةٍ بأجرة أخرى؛ وهذا حجة عليه؛ لأنه لو ترك بالعقد الأول لما وجبت أجرة أخرى، وسواء أبرأ ولم يؤبر بأن كان المبيع نخلاً بعد أن ظهرت الثمرة من الشجرة. وبانت منها، ليس له أن يتركها على شجرةِ المشتري إلاَّ برضاه لما قلنا.

ولو تركها على الشجرة إلى أن أدركت، فإن كان الترك بإذن المشتري طلب له الفضل، وإن كان بغير إذن المشتري، يُنظر إن كان قد تناهى عظمها يطيب له الفضل أيضاً؛ لأنها لا تزداد بعد ذلك بل تنتقص، وإن كان صغاراً لم يتناه عظمها، لا يطيب له الفضل لأنه تولد من أصل مملوك لغيره.

ولو استأجر البائعُ الشجرة ليترك الثمر عليها إلى وقتِ الجذاذ، لم تجز هذه الإِجارة؛ لأن جواز الإِجارة [على هذه الصورة][1] مع أن القياس يأباها لكونها بيع المعدوم لتعامل الناس، والناس ما تعاملوا هذا النوع من الإِجارة؛ كما لم يتعاملوا استئجار الأشجار لتجفيف الثياب [وتجفيف اللحم][2] لكن لو فعل يطيب له الفضل؛ لأنه ترك بإذن المشتري، وهذا بخلاف الإِجارة إذا انقضت مدتها والزرع بَقْلٌ لم يستحصد، بعد أن يترك فيه إلى وقت الحصاد بالأَجرة، لأَن الترك بالأَجرة هناك مما جرى به التعامل، فكان جائزاً.

هذا إذا لم يسم الثمرة في بيع الشجر، فأما إذا سمى دخل الثمر مع الشجر في البيع، وصار للثمرة حصة من الثمن، وينقسم الثمن عليهما[3] يوم العقد، لأنه لما سَمَّاهما فقد صارت مبيعاً[4] مقصوداً لورود فعل البيع عليه، حتى لو هلك الثمن قبل القبض بآفة سماوية، أو بفعل البائع، تسقط حصته من الثمن عن المشتري؛ كما لو هلك الشجر قبل القبض، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأَن الصفقَة تفرَّقت عليه، ولو جذه البائع والمجذوذ قائم بعينه، ينظر إن جذه في حِينِهِ ولم ينقصه الجذاذ، فلا خيار للمشتري ويقبضهما بجميع الثمن، ولو قبضهما بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيباً، له أن يرد المعيب خاصَّة؛ لأَنه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض، فَصَارَ كأنهما كانا متفرقين وقت

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: تصفيف اللحوم.
(٣) في ط: عليها.
(٤) في أ: متنفعاً.

العقد؛ بخلاف ما إذا جذه المشتري بعد القبض، ثم وجد بأحدهما عيباً؛ أنه ليس له أن يرد المعيب خاصَّة، بل يردهما جميعاً أو يمسكهما؛ لأنهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعاً، فإفراد أحدهما [بالرد][1] يكون تفريق الصفقة بعد وقوعها مجتمعة، وهذا لا يجوز.

هذا إذا لم ينقضْهُ الجذاذ بأن جذه البائع في حينه وأوانه، فأما إذا نقضه بأن جذه في غير حينه، تسقط عن المشتري حصة النقصان؛ لأنه لما نَقَضه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض، فتسقط عن المشتري حصته من الثمن، وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه، وإذا قبضهما المشتري بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيباً، له أَنْ يَرُدَّ المعيب خَاصَّةً، لأنه قبضهما وهما متفرقان، فصارا كأنهما كانا متفرقين عند العقد.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شجرةً أنه هل يدخل في شرائها أصلها وعرقها وأرضها؟

فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثةِ أوجهٍ: إما أَن اشتراها بغير أرضها للقلع، وأما أن اشتراها بقرارها من الأَرض للترك لا للقلع، وأما أن اشتراها ولم يذكر شيئاً، فإن اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها، ويجبر المشتري على القلع، وله أن يقلع بأصلها، لكن قلعاً معتاداً متعارفاً، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق؛ لأن المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط إلاَّ إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض، فلا يدخل فيه أصلها، أو لم يشترط لكن في القطع من أصلها ضررٌ بالبائع / بأن كان بقرب حائطه أو على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق في النهر، فقطعها على وجه الأرض دون أصلها؛ لأن الضرر لا يستحق بالعقد، فإن قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة أخرى، فهي للبائع لا للمشتري؛ لأنه رضي أن يكون المبيع القدر المقطوع، فيكون الباقي للبائع إلا إذا قطع من أعلى الشجرة، فالنابتُ يكون للمشتري؛ لأَنه نماء ملكه، وإن اشْتَرَاهَا بقرارِها مِنَ الأَرض للترك لا للقلع، فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع؛ لأنه ملك الشجرة مع موضعها، فلم يكن ملك البائع مشغولاً به، فلا يملك إجباره على القلع، وله أن يغرس مكانها أخرى؛ لأَنه يغرس في ملك نفسه.

٣/ ٨٢ ب

وأما إذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، وذكر في غير رواية الأُصول اختلافاً بين أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله)، فقال على قول أبي يوسف لا تدخل الأَرض في البيع، وعلى قول محمد: تدخل.

وجه قول محمد أن المسمى في البيع هو الشجرة، وهي اسم للقائم على أرضها

---

(١) في أ: عن الآخر.

بعروقها، فأما بعد القلع فهي خشب لا شجر، فلا بد وأن تدخل الأرض فيه؛ ولهذا دخلت في الإقرار بالإجماع بأن أقر لرجل بشجر في أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له؛ كذا هذا.

ولأبي يوسف أن الأرضَ أصلٌ، والشجرةَ تابعةٌ لها؛ ألا ترى أنها تدخل في بيع الأرض من غير شرط تبعاً للأرض، فلو دخلت في بيع الشجرة لاستتبع التبع الأصل، وهذا قلب الحقيقة، وإنما دخلت في الإقرار بالشجرة، لأن الإقرار إخبار عن كائن، فلا بد من كون سابق على الإقرار، وهو قيامها في الأرض التي هي قرارها، وذلك دليل كون الأرض للمقر له بسبب سابق، فكان الإقرار يكون الشجرة له إقرارا بكون الأرض له أيضاً، ومثل هذه الدلالة لم توجد في البيع، فلا يدخل، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

وَلَوِ اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري؛ لأنها تتولد من الصدفة، بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة، فكانت بمنزلة أجزائها، فتدخل في بيعها؛ كما تدخل البيضة في بيع الدجاجة.

وكذلك إذا اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة، لأن السمك يأكل الصدفة، فصار كما لو اشترى سمكة فوجد فيها سمكة أخرى أن الثانية تكون له، ولو اشترى دجاجةً فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع؛ لأن اللؤلؤ لا يتولد من الدجاج ولا هو من علفها، فلا يدخل في بيعها.

وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أن كل شيء يوجد في حوصلة الطير إن كان مما يأكله الطير فهو للمشتري، لأنه يكون بمنزلة العلف له؛ وإن كان مما لا يأكله الطير فهو للبائع.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع رقيقاً وله مال، أَنَّ ماله لا يدخل في البيع، ويكون للبائع إلاَّ أن يشترطه المبتاعُ، لما روي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «مَنْ بَاعَ عَبْدَاً وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»[1]، وهذا نصٌ في الباب، ولأن العبد وما في يده لمولاه؛ لأنه مملوكٌ لا يقدر على شيء، والمولى ما باع ما في يد العبد؛ لأن الداخل تحت البيع هو العبد، فلا يدخل في بيعه ما ليس منه، والقياس أن لا تدخل ثياب بدنه؛ كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار في بيع الدابة لما قلنا، لكنهم استحسنوا في ثياب البذلة والمهنة، وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم.

وأما الثياب النفيسة التي لا يلبسها إلاَّ وقت العرض للبيع، فلا تدخل في البيع؛ لانعدام التعارف في ذلك، فبقي على أصل القياس، وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم

---

(١) تقدم.

في كل بلد، فبنى الأَمر فيه على ذلك؛ وكذا لو أعتق عبده على مالٍ فمالُهُ لمولاه لما قلنا.

وكذا لو أعتق مدبره أو أم ولده؛ لأنه مرقوق مملوك فلا يكون له مال، ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه؛ لأنه كسب القن، وما اكتسب بعد الكتابة يكون له؛ لأنه كسب المكاتب؛ ولأنه حُرٌّ يداً، فكان كسبه له، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

ومنها أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يكن تسليمه إلا بضرر يلزمه، فالبيع فاسدٌ، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إِلاَّ ضرر تسليم المعقود عليه، فأما ما وراءه فلا.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعاً له في سقف، أو آجراً له في حائط، أو ذراعاً/ في ديباج، أو كرباس ـ أنه لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع، وفيه ضررٌ بالبائع، والضررُ غير مستحق بالعقد، فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً، فيكون فاسداً، فإن نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع، جاز البيع حتى يجبر المشتري على الأخذ، لأَن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع، فجاز البيع، ولزم فرق بين هذا وبين بيع الألية في الشاة الحية، والنوى في التمر، والزيت في الزيتون، والدقيق في الحنطة، والبزر في البطيخ؛ ونحوها ـ أنه لا ينعقد أصلاً حتى لو سلم لم يجز، وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم، والأصلُ المحفوظ أن ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة، فبيعه باطلٌ، وما لا يمكن تسليمه إلاَّ بضررٍ يرجعُ إِلى قطع اتصال عارض، فبيعه فاسدٌ، إلاَّ أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز.

٣/ ٨٣ أ

والقياس على هذا الأصل أن يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم؛ لأنه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجَزِّ، إِلا أنهم استحسنوا عدم الجواز للنص، وهو ما روي عن عبد الله بن عباس (رضي الله عنهما) عن رسول الله ﷺ؛ ولأن الجزَّ من أصله لا يخلو عن الإِضرار بالحيوان، وموضع الجز فيما فوق ذلك غير معلوم، فتجري فيه المنازعة، فلا يجوز.

ولو باع حليةَ سَيْفٍ، فإن كان يتخلص من غير ضرر يجوز، وإن كان لا يتخلص إِلاَّ بضررٍ، فالبيعُ فاسدٌ إِلا إذا فصل وسلم؛ وعلى هذا بناء بين رجلين والأرض لغيرهما، فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز؛ لأنه لا يمكن تسليمه إِلاَّ بضرر، وهو نقض البناء.

وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لهما حق الترك فيها إلى وقت الإِدراك، فباع أحدهما نصيبه قبل الإِدراك، لم يجز؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر صاحبه؛ لأنه يجبر على القلع للحال، وفيه ضَرَرٌ به.

ولو باع بعد الإِدراك، جاز، لانعدام الضرر؛ وكذا إذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع، لم يجز؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلاَّ بقطع الكل، وفيه ضررٌ، ولو كان بعد الإِدراك جاز لانعدام الضرر.

دارٌ أو أرضٌ بين رجلين مشاعٌ غير مقسوم، فباع أحدهما بيتاً منها بعينه قبل القسمة، أو باع قطعة من الأَرض بعينها قبل القسمة، لم يجز لا في نصيبه ولا في نصيب صاحبه، أما في نصيبه خاصةً فظاهرٌ، وأما في نصيب صاحبه، فلأن فيه إِضراراً بصاحبه بإِحداث زيادة شركة.

ولو باع جميع نصيبه من الدار والأرض، جاز؛ لأنه لم يحدث زيادة شركة، وإِنما قام المشتري مقام البائع، ولو باع اللؤلؤة في الصدفة، ذكر الكرخي (رحمه الله) أنه لا يجوز، لأَنه لا يمكن تسليمها إِلاَّ بشقِّ الصدفة، وأنه ضررٌ فيما وراء المعقود، فصار كبيع الجذع في السقف.

وَرُوِيَ عن أبي يوسف أنه يجوز لأَنه لا يتضرر بشق الصدفة، لأَن الصدف لا ينتفع به إِلاَّ بالشقِّ، ولو باع قفيزاً من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة؛ جاز لأَنه لا يتضرر بالفصل والتمييز.

وكذا لو باع القوائم على رؤوس الأَشجار، أو باع الثمار على رؤوس الأَشجار؛ بشرط القطع أو مطلقاً ـ جاز لما قلنا.

وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة، أو الأشجار القائمة على الأرض دون الأرض، أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجذ؛ أنه يجوز لأَنه يمكنه تسليم هذه الأشياء من غير ضررٍ، والله (سبحانه وتعالى) أعلم.

تم الجزء السادس، ويليه الجزء السابع
وأوله: «بقية كتاب البيوع»

فهرس المحتويات